

**Das Planungsermessen des § 1 Abs. 7 BBauG
als Unterfall des allgemeinen Verwaltungsermessens**

Harald Wiedmann

1977

**Das Planungsermessen des § 1 Abs. 7 BBauG
als Unterfall des allgemeinen Verwaltungsermessens**

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät

**der Ludwig - Maximilian - Universität
zu München**

vorgelegt von

Harald Wiedmann

1977



Referent: Professor Dr. Lerche

Korreferent: Professor Dr. Badura

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1977

INHALTSÜBERSICHT

1.	Einleitung	7
1.1.	Bedeutung des Abwägungsgebots	7
1.2.	Kasuistik	8
1.3.	Gang der Untersuchung	9
2.	Das Planungsermessen	
	Entwicklung und Meinungsstand	11
2.1.	Historische Bezüge des Planungsermessens	11
2.1.1.	Die Entwicklung bis 1945	11
2.1.2.	Die Entwicklung von 1945 bis zum Erlass des BBauG	13
2.2.	Das Abwägungsgebot gemäss § 1 Abs. 7 BBauG n.F. - Ermessenstatbestand oder unbestimmter Rechtsbegriff	16
2.2.1.	Rechtsprechung	
2.2.1.1.	Landgericht Hamburg	18
2.2.1.2.	Bundesgerichtshof	18
2.2.1.3.	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg	20
2.2.1.4.	Oberverwaltungsgericht Lüneburg	23
2.2.1.5.	Oberverwaltungsgericht Berlin	24
2.2.1.6.	Bundesverwaltungsgericht	26
2.2.2.	Schrifttum	30
2.2.2.1.	Entstehungsgeschichte als Argument für ein Planungsermessen	30
2.2.2.2.	Parallele zum Planfeststellungsverfahren	31
2.2.2.3.	Durch den Rechtsnormcharakter des Bebauungsplanes bedingtes gesetzgeberisches Ermessen	32
2.2.2.4.	Gemeindliche Planungshoheit	34
2.2.2.5.	Die besondere Eigenart der Bauleitplanung	35
2.2.2.6.	Das Abwägungsgebot gemäss § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) als gesetzliche Aus- prägung des allgemeinen rechtsstaatlichen Gebots gerechter Abwägung	38
2.3.	Zusammenfassung	40
3.	Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff	41
3.1.	Darstellung der Ermessenslehren	41
3.1.1.	Die traditionelle Lehre	41
3.1.2.	Gesetzesmässigkeitsprinzip: streng normative Ansicht	45

3.1.3.	Die Lehre vom Beurteilungsspielraum	48
3.1.3.1.	Allgemeine Problematik	48
3.1.3.2.	Bachof	51
3.1.3.3.	Ule	52
3.1.3.4.	Jesch	53
3.1.3.5.	Rechtsprechung	55
3.1.4.	Zusammenfassung	59
3.2.	Vergleich von Ermessensbegriffen und unbestimmten Rechtsbegriffen	61
3.2.1.	philologische Identität	62
3.2.2.	Gleichartigkeit in der gesetzgeberischen Motivation	62
3.2.3.	Gesetzestechische Vertauschbarkeit	64
3.2.4.	Zwischenergebnis	67
3.3.	Identische Rechtsanwendungsprobleme bei Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen	67
3.3.1.	Rechtsanwendung als hermeneutisches Problem	69
3.3.1.1.	Der Vorgang des Angleichens von Tatsachenbegriffen an Rechtsbegriffe	70
3.3.1.2.	Wertungsjurisprudenz - hermeneutischer Zirkel	72
3.3.1.3.	Vorverständnis	73
3.3.2.	Wertungsbegriffe im besonderen	74
3.3.3.	Sonderfall der Ermessensermächtigungen	76
3.4.	Exkurs: Entscheidungstheorien	81
3.4.1.	Die Grundannahmen der Entscheidungstheorie	81
3.4.1.1.	Normative Entscheidungstheorie (closed decision model)	82
3.4.1.2.	Deskriptive Entscheidungstheorie (open decision model)	82
3.4.2.	Rechtsanwendung als Entscheidung	83
3.4.3.	Bewertungsproblematik	87
3.5.	Konkretisierungsprimat der Verwaltungsbehörden	90
3.5.1.	Richterrecht als Problem der Rechtsanwendung und Gesetzesbindung	90
3.5.2.	Ermessenstatbestände und unbestimmte Rechtsbegriffe als Kompetenzproblem	93
3.5.3.	Beschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte bei der Überprüfung von Ermessenstatbeständen und unbe- stimmten Rechtsbegriffen	95
3.5.4.	Der verfassungsrechtliche Spielraum für einen Konkretisierungsprimat der Verwaltung	98

3.5.5.	Wertungsspielräume als notwendige Folge einer hermeneutischen Rechtsanwendungsmethode	102
3.5.6.	Rechtsvergleichende Hinweise	108
3.5.6.1.	Pragmatik im US-amerikanischen Recht	108
3.5.6.2.	Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat	109
3.5.6.3.	Zusammenfassung	110
3.6.	Ergebnis	111
4.	Besondere Topoi des Bauplanungsrechts sowie des Planungsermessens	113
4.1.	Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Baufreiheit	114
4.1.1.	Inhaltsbestimmung des Eigentums	115
4.1.2.	Konsequenzen für das Dogma der Baufreiheit	117
4.1.3.	Partielle Neutralität zwischen Art. 14 Abs. 1 GG und § 1 Abs. 6, 7 BBauG n.F.	119
4.2.	Gemeindliche Planungshoheit	119
4.2.1.	Rechtsnormcharakter des Bebauungsplans	120
4.2.2.	Bauleitplanung als Angelegenheit der Selbstverwaltung	123
4.2.3.	Bauleitplanung als spezifisch politische Tätigkeit	126
4.2.4.	Gesetzgeberisches Ermessen des Planungsträgers	127
4.3.	Die objektive Gewichtigkeit der von der Planung berührten Belange	129
4.3.1.	Bewertungsproblem	131
4.3.2.	Die Abwägung der von der Planung berührten Belange	132
5.	Schlussbemerkung	137
	LITERATURVERZEICHNIS	139

Digitized by the Internet Archive
in 2026

1. Einleitung

1.1. Bedeutung des Abwägungsgebotes

Anhand der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg weist Schlez ¹⁾ nach, dass der Verstoss gegen das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) den häufigsten Ungültigkeitsgrund in den bei diesem Gericht anhängigen Bebauungsplanverfahren darstelle. ²⁾ Danach erledigte der VGH Baden-Württemberg innerhalb von 12 Jahren (1962 - 1971) 88 Normenkontrollverfahren betreffend Überprüfung von Bebauungsplänen nach BBauG durch Entscheidung (insgesamt sind in dieser Zeit 226 Verfahren anhängig geworden, wovon 121 sich ohne Entscheidung erledigten; 11 Entscheidungen betrafen Bebauungspläne nach altem Recht; 6 Verfahren waren 1971 noch anhängig ³⁾). In 36 von 88 Fällen wurde dem Antrag stattgegeben und der Bebauungsplan für ungültig erklärt. In 16 der 36 stattgebenden Entscheidungen lag - neben anderen, meist formellen Ungültigkeitsgründen - der Entscheidung ein Verstoss gegen das Abwägungsgebot zugrunde. Hierbei war in 5 Fällen der Abwägungsvorgang selbst fehlerhaft, in 3 Fällen waren die privaten Belange untereinander und in 8 Fällen waren öffentliche und private Belange gegeneinander nicht gerecht abgewogen worden.

Die Tatsache, dass in der Hälfte aller der Normenkontrollklage stattgebenden Entscheidungen der mangelhafte Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belangen allein oder zumindest mitursächlich war, zeigt die überragende Bedeutung des Abwägungsgebotes bei der Rechtmässigkeitskontrolle von Bebauungsplänen. Erklären lässt sich dies damit, dass das Abwägungsgebot die einzige Norm ist, mit der sich die Umsetzung der Planungskomplexität in juristische Kategorien in

1) Georg Schlez, BauR 1974, S. 289 ff.

2) Wobei wiederum das Gros der anhängigen Normenkontrollverfahren, nämlich 55 %, Verfahren zur Überprüfung von Bebauungsplänen betraf; vgl. Bundestagsdrucksache 7/4324, S. 6.

3) Zum Vergleich: in den übrigen Bundesländern, die ebenfalls das Normenkontrollverfahren eingeführt haben, sind im gleichen Zeitraum nur 110 Verfahren betreffend Bebauungspläne anhängig geworden; vgl. Schlez, aaO., S. 289. Dies kann als Erfolg für den VGH Baden-Württemberg gewertet werden, der sich zuerst um eine sachgerechte juristische Erfassung der Bebauungspläne bemühte.

materieller Hinsicht überprüfen lässt. Schon aus der Unbestimmtheit des Abwägungsgebotes wie auch aus der Unüberschaubarkeit des Planungsprozesses ergeben sich Probleme, die sich im Streit um die juristische Klassifizierung des Abwägungsgebotes und damit im Streit um die Grenzen gerichtlichen Rechtsschutzes niederschlagen.

Diese Bedeutung des Abwägungsgebotes ist durch die Novellierung des BBauG vom 18. August 1976 ⁴⁾ noch unterstrichen worden. Nach Ansicht des Ausschusses war es angesichts der "Überragenden Funktion der Abwägungsklausel ... zweckmässig, diese Klausel in einem neuen Absatz ... zu verankern und so die Bedeutung dieser Klausel hervorzuheben." ⁵⁾ Hierdurch wurde das bisher in § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F. ⁶⁾ formulierte Abwägungsgebot mit im wesentlichen gleichem Wortlaut in § 1 Abs. 7 BBauG n.F. ausgewiesen; eine Änderung im sachlichen Gehalt ergab sich hierdurch nicht.

1.2. Kasuistik

Bei der erwähnten Bedeutung, die das Abwägungsgebot für das gesamte Planungsrecht besitzt, ist es verwunderlich, dass die Rechtsprechung trotz tief fundierter Ansätze im Grundsätzlichen über eine widerspruchsvolle Kasuistik nicht hinaus gelangt. Wiederum lässt sich dies eindrucksvoll an Beispielen der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg belegen.

So ist beispielsweise die Genehmigung achtstöckiger Punkthäuser mit den privaten Interessen von Nachbarn, deren Grundstücke bis zu 55 m entfernt liegen, nicht vereinbar. ⁷⁾ Wurde eben diese Entscheidung damit begründet, dass die bestehende Bebauung nicht "auf die Möglichkeit eines Einblicks aus erheblich höheren Gebäuden und Aufenthaltsräumen abgestellt" sei, so findet sich an anderer Stelle ⁸⁾ genau die entgegengesetzte Argumentation: Soweit von den neuen Vorhaben "Gärten und Balkone der Antragsteller eingesehen werden können, handelt es sich um eine Beein-

4) BGBl. I, S. 2257.

5) Ausschussbericht, Bundestagsdrucksache 7/4793, S. 25.

6) vom 23. Juni 1960, BGBl. I S. 341.

7) Beschluss vom 22.7.1966 - I 131/65 - DVBl. 1967, S. 385 ff. (Tübinger Punkthausfall).

8) Beschluss vom 29.10.1969 - II 313/68 - BBauBl. 1971, S. 319.

trächtigung, wie sie das heutige Zusammenleben in Wohngebieten häufig mit sich bringt". Wiederum an anderer Stelle wird die Zulässigkeit von Hochhausvorhaben zur Frage der planerischen Gestaltungsfreiheit der beteiligten Stadt erklärt: "Ob und wo sich die Beteiligte Ziff. 1 auf diese Weise die Gestaltung des Ortsbildes angelegen sein lässt, ist - wie schon in anderem Zusammenhang darzulegen war - grundsätzlich ihre Sache".⁹⁾ Die nachfolgende Betonung des Abwägungsgebotes lässt erkennen, dass der VGH immer die "gerechte Interessenabwägung" als Grenze planerischer Gestaltungsfreiheit ansieht, dass sich diese Grenze aber mit sich änderndem Blickwinkel verschiebt. Betrachtet man ein Hochhaus als "städtebaulichen Akzent",¹⁰⁾ so scheint das Abwägungsgebot flexibler zu sein, als wenn das Hochhaus in Zusammenhang mit der vorhandenen Bebauung mit Familienhäusern gestellt wird, auch wenn es sich beidemale um sechs- bis achtgeschossige Häuser handelt.

Zu einem ebenso widersprüchlichen Ergebnis führt auch die Gegenüberstellung zweier anderer Fälle: Der Bau einer Klinik in unmittelbarer Nachbarschaft eines Landhausviertels gehobener Bauweise soll gegenüber den Interessen der Antragsteller, ihre Grundstücke wie bisher in vollem Umfang als Landhausgrundstücke zu nutzen, hintenangestellt werden.¹¹⁾ Andererseits hat aber der Bau eines Strassentunnels durch ein Wohngebiet, der "nicht unerhebliche" Lärm- und Abgasimmissionen für die Anlieger mit sich bringt, Vorrang vor den Belangen der Anlieger an ruhigem und gesundem Wohnen.¹²⁾

1.3. Gang der Untersuchung

Trotz der überragenden Bedeutung des Abwägungsgebotes für das Bauplanungsrecht lässt sich angesichts der widersprüchlichen Ergebnisse, wie sie in der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg zu § 1 Abs. 4 Satz 2 a.F. BBauG zutage treten, im Einzelfall nur schlecht feststellen, ob sich die einzelnen Festsetzungen des Bebauungsplanes in Übereinstimmung mit dem Abwägungsgebot befinden. Ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung des "Planungsermessens" sowie über die zum Abwägungsgebot vertretenen Meinungen in Literatur und Rechtsprechung, trägt dazu bei,

9) Beschluss vom 12.11.1968 - II 703/67 - ESVGH 19, S. 227.

10) Beschluss vom 18. 9.1968 - III 129/67 - BRS 20, S. 6 ff.

11) Beschluss vom 19. 5.1970 - II 450/66 - BRS 23, S. 16 ff.

12) Beschluss vom 4. 5.1972 - II 199/72 - BBauBl. 1973, S. 270 ff.

die vorhandenen Unsicherheiten zu bestärken (2. Das Planungsermessen). Hierbei zeigt sich jedoch, dass die Konturen des alten Problems der Abgrenzung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen, wie es durch das Gesetzesmässigkeits- und Rechtsschutzprinzip geschaffen wurde, sich auch im Abwägungsproblem wiederfinden, allerdings teilweise überdeckt bzw. verändert durch die hierbei mitspielenden besonderen Komponenten des Planungsrechts: der gemeindlichen Planungshoheit, der Baufreiheit sowie überhaupt der Sachzwänge jeglicher Planungstätigkeit. Diese besonderen Komponenten des Abwägungsproblems müssen zurückgestellt werden zugunsten einer allgemein gehaltenen Erörterung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen, da hierin das Schlüsselproblem liegt, das den weiteren Problemen die Richtung weist. Wenn dieses Schlüsselproblem insbesondere mit erkenntnis- und entscheidungstheoretischen Überlegungen herausgelöst werden soll, so geschieht dies aus der Erkenntnis heraus, dass andernfalls die Wertungsproblematik, die sowohl für Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe wie auch für das Bauplanungsrecht typisch ist, nur verdeckt wird (3. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff). Es verbleiben die bereits erwähnten Besonderheiten des Bauplanungsrechts, die noch daraufhin untersucht werden müssen, ob durch sie eine abweichende Behandlung des Abwägungsgebotes gegenüber den zur Anwendung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen gewonnenen Ergebnissen erforderlich ist (4. Besondere Topoi des Bauplanungsrechts). Soweit weder der Grundsatz der Baufreiheit eine Erweiterung noch die gemeindliche Planungshoheit eine Verengung des gerichtlichen Prüfungsumfanges erfordert, stellt sich das Abwägungsgebot als typischer Fall einer Ermessensanwendung dar, der zur Analyse der dabei auftretenden Wertungsprobleme besonders geeignet ist.

2. Das Planungsermessen Entwicklung und Meinungsstand

2.1. Historische Bezüge des Planungsermessens

2.1.1. Die Entwicklung bis 1945

Planungsermessen als hoheitliche Gestaltungsfreiheit in der Ordnung des Bauens und in der Beschränkung der Individualinteressen von Grundstückseigentümern tritt uns begrifflich zwar erst im Zusammenhang mit der Überprüfbarkeit der Bauplanung entgegen, ist aber der Sache nach wesentlich älter¹⁾. Als Teil einer allumfassenden Regierungsgewalt geschah Baulenkung im absolutistischen Staat durch Bauflichtlinien und Bauzonen²⁾ weniger aus unmittelbarem Bedürfnis der Stadtgemeinschaft als auf Grund des an französischen Vorbildern orientierten landesfürstlichen Willens. In völliger Abkehr hiervon betonte der liberale Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts, gestützt auf Artikel 17 der französischen Menschenrechtsdeklaration ("la propriété étant un droit inviolable et sacré") die Unverletzlichkeit des Eigentums. Folge der ungehemmten Baufreiheit waren "Städtebilder von zügelloser Unordnung und trostloser Hässlichkeit"³⁾. Diese Entwicklung geschah - zumindest im Geltungsbereich des Preuss. Allgemeinen Landrechts - entgegen dem geschriebenen Recht, §§ 65 - 67 I 8 ALR hatte noch die Baufreiheit durch eine Gemeinwohlklausel beschränkt: "In der Regel ist jeder Eigentümer seinen Grund und Boden mit Gebäuden zu besetzen oder seine Gebäude zu ändern wohl befugt. Doch soll zum Schaden oder Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze kein Bau und keine Veränderung vorgenom-

1) Zur Geschichte des Bau- und Bodenrechts:

Brügelmann, BBauG, Einl. B;
Ernst, Zur Geschichte des städt. Bau- und Bodenrechts, BBauBl. 1953, S. 206 ff; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BBauG, Einleitg, Rdziff. 1 ff;
Werner Ernst / Willi Bonczek, Zur Reform des städt. Bodenrechts, Hannover 1971, S. 3 ff, S. 35 ff;
Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 18;
Weinheimer Gutachten vom 29. April 1952, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Heft 1, S. 9 ff;
Blümel, Die Bauplanfeststellung, 1. Teil, Die Planfeststellung im preuss. Recht und im Reichsrecht, 1961, S. 111 ff.

2) Vgl. Klaus-Peter Jürgens, Die Beschränkungen des Grundeigentums im Rahmen der Stadtplanung auf Grund der neuesten Gesetzgebung, Diss. Köln 1965, S. 5.

3) Weinheimer Gutachten S. 10.

men werden." Diese beiden Vorschriften brachten die im vorhergehenden Jahrhundert entwickelten sozialen Pflichten des Eigentums zum Ausdruck, erhielten aber durch die herrschende, den liberalen Vorstellungen entsprechende Interpretation den Sinn einer absoluten Baufreiheit. ⁴⁾

Polizeiliche Gründe der allgemeinen Gefahrenabwehr verdeutlichten schliesslich in den planlos ungeordnet gewachsenen Städten mit übersteigerten Baudichten und weitgehender Gestaltlosigkeit das Fehlen jeglicher vorausschauender Planung. Als einen ersten wichtigen Schritt in der Entwicklung auf eine moderne städtebauliche Planung, die einen Ausgleich zwischen den Interessen des Grundeigentümers und denen der Allgemeinheit sucht, kann das Preuss. Fluchtliniengesetz von 1875 ⁵⁾ gelten, das durch das Preuss. Ansiedlungsgesetz von 1876 ⁶⁾ ergänzt wurde. Der Bruch mit den liberalen Grundsätzen der Beschränkung der polizeilichen Befugnisse auf die Gefahrenabwehr wurde durch baupolizeiliche Verordnungen und Verunstaltungsgesetze um die Jahrhundertwende vollendet.

Eine gerichtliche Überprüfung des Planungsermessens findet jedoch noch lange nicht statt. "Durch die Festsetzung von Fluchtlinien wird im Resultat eine Rechtsnorm geschaffen, welche aber in materieller Hinsicht nicht mit dem materiellen Inhalt des Gesetzes vom 2.7.1875 und dem sonst auf die Sache bezüglichen Recht in Widerspruch stehen darf, und der Verwaltungsrichter ist wohl befugt zu prüfen, ob dieses der Fall ist oder nicht. Er ist dagegen nicht berechtigt, zu untersuchen, ob die Motive, welche die zuständige Behörde zur Festsetzung der Rechtsnorm geführt haben, richtig sind." ⁷⁾ Mehrmals betont das PrOVG auch, dass "Notwendigkeit und Zweckmässigkeit" des Fluchtlinienplanes vom Gericht nicht nachzuprüfen seien. ⁸⁾ Auch das Reichsgericht betonte, dass die Fluchtlinienfestsetzung für die Gerichte die unverrückbare Grundlage im Ver-

4) Vgl. Ernst / Bonczek S. 4

5) Preuss. Gesetz betr. die Anlegung und Veränderung von Strassen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2.7.1875 (GS S. 561).

6) Gesetz betr. die Verteilung der öffentlichen Lasten bei Grundstücks-teilungen und die Gründung neuer Ansiedlungen vom 25.8.1876 (GS S. 405)

7) Preuss. OVG, Urteil vom 24.11.1893 - IV B 74/93 - PrOVGE 25, S. 387 ff.

8) Preuss. OVG, Urteil vom 11.6.1910 - IX B 63/09 - PrVwBl. 32, S. 418 f.; Preuss. OVG, Urteil vom 2.7.1910 - IX A 84/09 - PrOVGE 57, S. 474 f. (in diesem Fall hatte der Kläger vorgetragen, die beabsichtigte Strassenverbreiterung lasse sich leichter dadurch erreichen, dass man die Fluchtlinie auf der seinem Grundstück gegenüberliegenden Strassenseite zurückrücke).

fahren um die Festsetzung der Entschädigung seien, lehnte also eine Überprüfung des zugrunde liegenden Fluchtlinienplanes ab. 9)

In der Weimarer Republik hatte das Reich nach Art. 10 Nr. 4 WRV die Gesetzgebungskompetenz für Grundsätze des Bodenrechts und der Bodenverteilung, für Ansiedlungs- und Wohnungswesen. Kodifizierungsbestrebungen wie der Entwurf für ein Preuss. Städtebaugesetz von 1926 oder der darauf gründende Entwurf eines Reichsstädtebaugesetzes scheiterten im Gesetzgebungsverfahren. Ein akutes Einzelproblem, der teilweise Ausschluss der Entschädigung für die mit der endgültigen Festsetzung der Fluchtlinie verbundenen Baubeschränkung, - bekannt geworden durch das sog. Bethke-Urteil 10) - wurde durch die Zweite Notverordnung des Reichspräsidenten vom 5.6.1931 (RGBl I S. 279 ff, 309) im Sinne eines nach Art. 153 WRV zulässigen Ausschlusses der Entschädigung für alle Teileinteignungen durch Fluchtlinienfestsetzung gelöst.

2.1.2. Die Entwicklung von 1945 bis zum Erlass des BBauG

Der Wohnungsfehlbestand von ca. 5 Millionen Einheiten verdeutlichte nach 1945 besonders krass das Fehlen eines folgerichtig aufgebauten, in sich zusammenhängenden, abgestuften Systems der städtebaulichen Planung. In Anlehnung an den Lemgoer Entwurf eines Gesetzes über den Aufbau der deutschen Gemeinden vom 12.8.1947 ergingen in den Ländern Aufbaugesetze, die bewusst auf eine geschlossene Neuordnung des gesamten Rechtsgebiets verzichteten. Diese Gesetze beendeten nicht die Geltung des Fluchtliniengesetzes in den ehemals preussischen Gebieten oder das Ende der Ortsbaupläne in Württemberg bzw. der Ortsstrassenpläne in Baden.

Entscheidungen zum Planungsermessens, denen hier nachgespürt werden soll, finden sich nur in der Rechtssprechung des VGH Württemberg-Baden mit Sitz in Karlsruhe und Stuttgart. Dies hängt vornehmlich damit zusammen,

9) Urteil vom 22.12.1905 - VII 4/05 - RGZ 62, S. 193 ff.

10) Reichsgericht Urteil vom 18.2.1930 - III 87/29 - RGZ 128, S. 18 ff., insbes. S. 28 ff., S. 33 erklärt § 13 PrFluchtIG wegen Verstosses gegen § 153 WRV für ungültig, da in der endgültigen Baulinienfestsetzung eine Enteignung liege, ohne dass § 13 PrFluchtIG eine angemessene Enteignungsentuschädigung vorsehe. Hingegen sah z.B. Württ. VGH mit Urteil vom 4.2.1931 - Nr. 129 - Württ. Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege 1931, S. 137 den dem § 13 PrFluchtIG entsprechenden Art. 15 Württ.BauO nur als entschädigungslos zulässige Schranke des Eigentumsinhalts an und nicht als eine Einteignung im Sinne von Art. 153 WRV an.

dass dem Fluchtlinienplan der Rechtsprechung des ProVG entsprechend der Charakter eines Verwaltungsaktes abgesprochen wurde. Damit war der Fluchtlinienplan bzw. sein jeweiliges Pendant in den einzelnen Ländern mangels einer normenkontrolle der verwaltungsgerichtlichen Anfechtung entzogen.

In einer seiner ersten Entscheidungen wies das BVerwG die Anfechtungsklage gegen einen Ortsbauplan nach der braunschweigischen LBO wegen mangelndem Rechtsschutzinteresse zurück.¹¹⁾ Die sich aus der Planfeststellung ergebenden Rechtswirkungen seien den Betroffenen gegenüber nur mittelbar wirksam als Rechtsgrundlage für die später notwendigen Baugenehmigungs- oder Entscheidungsverfahren. Später hat das BVerwG diese Auffassung im Anschluss an die Rechtsprechung des ProVG¹²⁾ dahingehend geändert, dass es zwar zur Rechtsnatur des Bebauungsplanes Stellung nimmt, diesen jedoch wegen des mangelnden Rechtsschutzinteresses der Betroffenen aber als Rechtsnorm qualifiziert.¹³⁾ Lediglich der Baulinienplan bayerischen Rechts wird hiervon ausgenommen, da die Ausgestaltung des bayerischen Baulinienverfahrens die Merkmale eines Verfahrens zum Erlass eines Verwaltungsakts zeige.¹⁴⁾

Damit kommt das BVerwG im Ergebnis zu der von der Mehrheit der oberen Verwaltungsgerichte vertretenen Rechtsprechung, wonach der Bebauungsplan

-
- 11) BVerwG Urteil vom 8.12.1953 - I C 4.53 - BVerwG E 1, S. 39 ff. = DÖV 1954, S. 662 f. = DVB1. 1954, S. 296 f.; Beschluss vom 4.3.1954 - I B 56.53 - DÖV 1954, S. 663 f. = BBauBl. 1954, S. 391 f.
- 12) Pr. OVG Urteil vom 24.11.1893 - IV B 74/93 - OVG E 25, S. 387 ff., S. 390; Urteil vom 2.7.1910 - IX A 84/09 - OVG E 57, S. 474 ff., S. 479; Urteil vom 16.4.1912 - IX B 19/11 - OVG E 61, S. 386 ff.; Urteil vom 18.9.1914 - IX A 37/13 - OVG E 68, S. 435 ff., S. 437; zuletzt Urteil vom 18.1.1940 - IV C 43/39 - OVG E 105, S. 225 ff.
- 13) BVerwG Urteil vom 3.5.1956 - I C 89.55 - BVerwG E 3, S. 258 ff. = DVB1. 1956, S. 517 ff. = BaWUVBl 1956, S. 121 ff. (Württbg. Ortsbauplan); Urteil vom 3.5.1956 - IC 29.54 - BVerwG E 3, S. 265 ff. = DVB1. 1956, S. 513 ff. (Fluchtlinienplan nach preuss. Flucht1G); Beschluss vom 21.5.1957 - I B 272/56 - DVB1. 1957, S. 113 ff = DÖV 1957, S. 482 ff. (Durchführungsplan nach dem nordrhein-westfälischen ABG); Urteil vom 21.1.1958 - BaWUVBl. 1958, S. 60 f. (Württbg. Ortsbauplan); BVerwG Urteil vom 10.6.1960 - I C 163.59 - BVerwGE 11, S. 14 ff. (Ortsstrassenplan badischen Rechts).
- 14) BVerwG Urteil vom 24.8.1956 - I B 198.55 - BVerwGE 4, S. 68 f. = DVB1. 1956, S. 720.

einen "Bestandteil des materiellen örtlichen Baurechts" darstellt. ¹⁵⁾ Im Gegensatz zur Rechtsprechung des BVerwG und der Mehrheit der Oberverwaltungsgerichte behandelten der Karlsruher und der Stuttgarter Senat des Württemberg-Badischen VGH den Ortsbauplan nach württbg. Recht bzw. den Ortsstrassenplan nach badischem Recht als anfechtbaren Verwaltungsakt. ¹⁶⁾ In der Sache selbst, Überprüfung von zu berücksichtigenden Planungszielen wie "örtliche Gegebenheiten", "geschichtliche Entwicklung", "wirtschaftliche, verkehrstechnische, soziale, wohnungspolitische, gesundheitliche und kulturelle Bedürfnisse" (so § 8 Abs. 1 Sudbad. ABG vom 18.8.1948, RegBl. S. 127) oder "Anforderungen der Gesundheit, des zu erwartenden Verkehrs und der Feuersicherheit, sowie des Wohnbedürfnisses und der sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Einwohner" (so Art. II Abs. 1 Satz 1 württbg. BauO vom 28.7.1910, RegBl. S. 333 i.d.F. vom 10.3.1924, RegBl. S. 124) bejahen beide Senate weitgehendes Ermessen. Nach VGH Karlsruhe ¹⁷⁾ handelt es sich hier "offenbar um wenig bestimmte Gesetzesbegriffe, die Richtlinien für das Ermessen der Behörde bedeuten, aber im Übrigen ihrer subjektiven Auffassung weitesten Spielraum lassen." Ebenso stellt der Stuttgarter Senat fest, dass Gestaltung, d.h. Feststellung und Genehmigung eines Stadtbauplans insbes. "gemäß den in Art. II Württ. BauO dafür gegebenen Grundsätzen eine Angelegenheit des freien Ermessens der zuständigen Baupolizeibehörden sei." ¹⁸⁾

Dabei sind "die durch den Bebauungsplan gegebenen öffentlichen Interessen und die etwa entgegenstehenden erheblichen privaten Interessen der Klägerin gegeneinander abzuwägen, wobei ein genügender Grund für die

-
- 15) VGH Bremen Urteil vom 12.11.1953 - P/1/53 - BBauBl. 1955, S. 321 ff.;
 OVG Hamburg Urteil vom 19.5.1958 - Bf II /58 - MDR 1959, S. 874 ff.;
 OVG Hamburg Urteil vom 14.1.1960 - Bf II 34/59 - MDR 1961, S. 90 f.;
 Hess. VGH Urteil vom 31.7.1953 - OS I 9/52 - ESVGH 4, S. 58 ff.;
 OVG Lüneburg Urteil vom 22.4.1955 - III A 31/54 - BBauBl. 1955, S. 481 ff.;
 OVG Lüneburg Urteil vom 6.1.1956 - III A 64/55 - OVG E 10, S. 425 ff.;
 OVG Münster Urteil vom 20.11.1951 - II A 1250/51 - DÖV 1952, S. 539 f.;
 OVG Münster Urteil vom 24.11.1953 - VII A 987/53 - DVBl. 1954, S. 230 ff.;
 OVG Koblenz Urteil vom 29.5.1958 - A 119/56 - DVBl. 1959, S. 101 f.
- 16) Württbg.-Bad. VGH Beschl. vom 25.6.1951 - I S II 155/50 - ESVGH 2, S. 71 ff.;
 Urteil vom 16.10.1951 - 3 K 205/50 - DÖV 1952, S. 539;
 Urteil vom 1.4.1954 - 1 S 298/53 - ESVGH 4, S. 64 ff.;
 Beschluss der Vollversammlung vom 10.9.1957 - V.Vers. 1 - 303/56 - ESVGH 6, S. 200 ff. = BaWuVB1. 1957, S. 112 ff.
- 17) Urteil vom 16.1.1953 - 3 K 235/52 - DÖV 1953, S. 641.
- 18) Urteil vom 1.4.1954 - 1 S 298/53 - ESVGH 4, S. 64 f.

Beeinträchtigung der letzteren gegeben ist, wenn die öffentlichen Interessen die grösseren und wichtigeren sind." ¹⁹⁾ Bei der Anwendung der in Art. 8 Abs. I Bad. ABG bzw. Art. II Abs. 1 Württbg. BauO genannten unbestimmten Begriffe hat die Behörde also abzuwägen, "welchem von Ihnen das grössere Gewicht beizumessen ist." ²⁰⁾

2.2. Das Abwägungsgebot gemäss § 1 Abs. 7 BBauG n.F. -

Ermessenstatbestand oder unbestimmter Rechtsbegriff

Das Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 ²¹⁾, jetzt neu gefasst durch Bekanntmachung vom 18. August 1976 ²²⁾, beendet einen bedeutenden Abschnitt in der Entwicklung des modernen Planungsrechts. Es löst die unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen ab ²³⁾ und überträgt endgültig die bis dahin von den Baupolizeibehörden ausgeübte Planungshoheit den Gemeinden als Selbstverwaltungsaufgabe.

Durch die in § 1 Abs. 1 BBauG definierte Aufgabe und die in § 1 Abs. 6 BBauG wiedergegebenen Grundsätze der Bauleitplanung wird die gemeindliche Planungshoheit begrenzt und kanalisiert. Nach diesen Grundsätzen haben sich die Gemeinden bei der Aufstellung ihrer Pläne zu richten. Wenn auch § 1 Abs. 6 BBauG n.F. gegenüber den Absätzen 4 und 5 des § 1 BBauG a.F. wesentlich erweitert und teilweise durch die Nennung von Beispielen den Anforderungen der Systematik besser entspricht als die alte Fassung ²⁴⁾, so kennzeichnet die teils wahllos, teil zu detailliert

19) Urteil vom 13.10.1955 - 2 S 21/55 - Verw.Rspr. 8 (1956) Nr. 81, S. 344 ff.

20) Urteil vom 10.9.1957 - 3 K 161/56 - BaWUVBl. 1958, S. 73 ff., S. 74.

21) BGBI. I, S. 341

22) BGBI. I S. 2257, ber. BGBI. I S. 3617

23) Vgl. die Aufzählung im § 186 Abs. 1 Nr. 23, 25, 34, 38, 41, 46, 52, 54 und 62 BBauG

24) So zu § 1 Abs. 4, 5 BBauG a.F.: BVerwG Urteil vom 12.12.1969 - IV C 105.66 - BVerwG E 34, S. 301 ff.; Hoppe, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit, BauR 1970, S. 15; Gelzer, Bauplanungsrecht, S. 13 Rdziff. 22; Klaus Meyer, Zur gerichtlichen Überprüfung der Bauleitpläne, DVB1. 1968, S. 492 ff., S. 495. Vgl. hierzu BVerwG Urteil vom 12.12.1969 - IV C 105.66 - DÖV 1970, S. 277 ff. = BVerwG E 34, S. 301 ff., S. 306: "Der Wechsel einerseits zwischen "Bedürfnissen", "Erfordernissen" und "Belangen" sowie andererseits zwischen "sich... richten", "dienen", "fördern", "berücksichtigen" und "beachten" lässt kein System erkennen, aus dem auf das Gewicht der einzelnen Grundsätze oder auch auf die (unterschiedliche) Art, in der sie bei der Planung eine Rolle spielen sollen, Schlüsse gezogen werden könnten. Weshalb es beispielsweise einen greifbaren Unterschied ausmachen soll, dass die Bauleitpläne die "Erfordernisse für ... Seelsorge zu

erscheinende Aufzählung von Interessen doch recht gut das Spannungsfeld, in dem sich die Bauleitplanung bewegt. Den obersten Grundsätzen der Bauleitplanung, nämlich der Ordnung der städtebaulichen Entwicklung sowie der Gewährleistung einer sozialgerechten Bodennutzung und der Sicherung einer menschenwürdigen Umwelt, werden so unterschiedliche Zwecke wie Wohnbedürfnisse, soziale und kulturelle Bedürfnisse der Bevölkerung, Belange des Bildungswesens, der Jugendförderung, der Verteidigung, des Verkehrs, des Naturschutzes, Erfordernisse der Kirchen und Religionsgesellschaften sowie der Eigentumsbildung nachgeordnet. Diesen paradigmatischen Pluralismus divergierender Interessen sucht das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG n.F. auszugleichen:

"Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen."

Durch diese Verankerung des Abwägungsgebotes in einem eigenen, der Aufzählung von Planungsgrundsätzen folgenden Absatz ist nunmehr klargestellt worden, dass das Abwägungsgebot aufgrund seiner überragenden Bedeutung²⁵⁾ für die Bauleitplanung bei der Anwendung sämtlicher Leitsätze gilt.²⁶⁾

Das Abwägungsgebot ist nicht nur die Nahtstelle zwischen der Baufreiheit des Eigentümers (Art. 14 GG) und der Planungshoheit der Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 GG). Es ist zugleich dasjenige Stadium des Planungsprozesses, das die Umsetzung der rational - technisch bestimmten Planungsidee in die Welt des Rechtlich - Formalen sichtbar macht und in der "en miniature" die Problematik des gesamten Planungsverfahrens wiederkehrt. Daher ist

berücksichtigen", dagegen die "Bedürfnisse ... der Jugendförderung ... zu beachten" und schliesslich den "Belangen des ... Landschaftschutzes ... zu dienen" haben, ist nicht erkennbar. Entsprechendes gilt für den Wechsel zwischen Muss- und Sollformulierungen. Dass die Bauleitpläne z.B. den Wohnbedürfnissen der Bevölkerung lediglich dienen "soll", während sie den Belangen des Landschaftschutzes zu dienen "haben", führt mit Rücksicht auf die allgemeine Zielsetzung im § 1 Abs. 1 BBauG offensichtlich nicht zu einer Rangstufung, in der die Erhaltung des Landschaftsbildes den Wohnbedürfnissen prinzipiell vorgeordnet wäre."

25) Vgl. BVerwG Urteil vom 30.4.1969 - IV C 6.68 - DÖV 1970, S. 64:

"Das Gebot, die von einer Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG), ergibt sich aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung und gilt dementsprechend allgemein" (Leitsatz 1).

26) Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie DVBl. 1964, S. 165; ders., Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit, BauR 1970, S. 15; Gelzer, Bauplanungsrecht S. 20, Rdziff. 33.

es auch nicht verwunderlich, dass sich die Diskussion von der Rechtsnatur des Bebauungsplanes auf die Frage, welche Rechtsnatur dem Abwägungsgebot zu eigen sei, verlagerte. Hierfür war weniger die gesetzgeberische Bestimmung in § 10 BBauG entscheidend - zeigte sich doch die Praxis andernorts wenig beeindruckt von solchen Qualifikationsversuchen ²⁷⁾ - als vielmehr die Einsicht, dass sich mit der juristischen Erfassung des Abwägungsgebotes die Problematik des Bebauungsplanes eher erfassen liesse als mit der Diskussion seiner Rechtsnatur. Freilich wurden hierdurch die dogmatischen Schwierigkeiten nur präziser formuliert, jedoch nicht beseitigt. Rechtssprechung und Schrifttum zum Abwägungsgebot geben hierfür zahlreiche Beispiele.

2.2.1. Rechtsprechung

2.2.1.1. Landgericht Hamburg

Die anfangs die Diskussion über die Überprüfbarkeit der Bebauungspläne beherrschende Unsicherheit verdeutlicht am besten eine Entscheidung des LG Hamburg ²⁸⁾, wonach ein Bebauungsplan im Enteignungsverfahren regelmäßig nicht materiell überprüfbar sei. Zur Begründung verweist das LG Hamburg darauf, dass der qualifizierte Bebauungsplan das Allgemeinwohl und die zwingenden städtebaulichen Gründe (§ 88 BBauG) indiziere. Diese Indizierung sei unwiderlegbar, da sonst der vom Gesetzgeber angeordnete Rechtsnormcharakter des Bebauungsplans seinen Sinn verlieren würde.

2.2.1.2 Bundesgerichtshof

Im Gegensatz hierzu geht der BGH in seinem Waldfriedhofurteil ²⁹⁾, in dem er seine Maßstäbe für die Überprüfung von Bebauungsplänen entwickelt,

27) Vgl. hierzu Pestalozza, Formenmissbrauch, sowie die späteren Erörterungen zur Qualifikationshoheit.

28) Urteil vom 4.9.1961 - 10 O 16/61 Baul - MDR 1961, S. 1015 f.

29) Urteil vom 15.6.1967 - III ZR 17/66 - NJW 1967, S. 2305 ff. = MDR 1968, S. 126 f. = BBauBl. 1967, S. 484 ff. = BRS 19 (Enteignung) Nr. 47, S. 71 ff. = VerwRspr 19 Nr. 79 = WM 1967 S. 1059 ff. = DWK 1967, S. 313 f. = Städtetg 1967, S. 301 f. = EPlaR V BGH 6.67. Noch im Urteil vom 22.9.1966, DVBl. 1967, S. 376 ff. konnte der BGH der Entscheidung, in welchem Umfange der zugrundeliegende Bebauungsplan im Enteignungsverfahren überprüft werden könne, ausweichen. Mit allgemein gehaltenen Formulierungen, wie die Errichtung eines Kindertagesheims in einer großstädtischen Wohngegend liege sicherlich im Allgemeininteresse, bejahte der BGH die Zulässigkeit des Enteignungsakts.

von einer grundsätzlichen materiellen Überprüfbarkeit des Bebauungsplanes aus. Der BGH unterscheidet Planung und Plandurchführung und lehnt für die erstere eine Überprüfung ab, es sei denn, die Planer hätten bei der Abwägung des Für und Wider "ihr Ermessen missbraucht, offensichtlich gefehlt, rechtswidrig gehandelt." ³⁰⁾ Eine weitergehende Überprüfung des planerischen Ermessens würde sich im Widerspruch zu § 10 BBauG befinden, da danach die Aufstellung des Bebauungsplanes sowie die Abwägung der öffentlichen und privaten Belange eine Aufgabe des örtlichen Gesetzgebers sei. Eine weitergehende Überprüfung würde daher einen Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz bedeuten und zugleich den Richter vor eine unlösbare Aufgabe stellen. Im Rahmen des § 87 BBauG sei daher in sachlicher Hinsicht nur zu fragen, ob ein Ermessensfehler vorliege und ob der Enteignungsakt notwendig sei. Eine darüberhinausgehende Prüfung, "ob der Bebauungsplan dem allgemeinen Wohl entspricht" ³¹⁾, wäre zwar nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 BBauG ("Die Enteignung ist nur zulässig, wenn das Wohl der Allgemeinheit sie erfordert ...") möglich, liefe aber auf eine Zweckmäßigkeitkontrolle des Planes hinaus ³²⁾ und könne daher nicht Prüfungsgegenstand des Enteignungsverfahrens sein. ³³⁾ Das Wohl

30) Eine wörtlich Übereinstimmende Formulierung findet sich wieder im Urteil vom 30.12.1968 - III ZR 59/68 - BRS 22 (1969) Nr. 33, S. 70 ff. und im Urteil vom 22.9.1966 - III ZR 187/65 - NJW 1967, S. 103 f. = BRS 19 (Enteignung) Nr. 52, S. 80 f. Insgesamt beruft sich der BGH hierbei auf Brügelmann-Förster, BBauG, § 87 Anm. 1 e bb; vgl. BGH NJW 1967, S. 2306.

31) Vgl. BGH NJW 1967, S. 2306

32) Seither st. RSpr.; vgl. BGH Urteil vom 9.11.1967 - III ZR 192/65, Urteil vom 23.1.1969 - III ZR 84/68, beide Urteile sind auszugsweise abgedruckt bei Gehrmann, Die Bebauungspläne im Spiegel der Rechtsprechung, 1973, S. 68 ff., S. 216 ff.; weiterhin BGH Urteil vom 30.12.1968 - III ZR 59/68 - EPlaR V BGH 12.68 (mit Anm. Bielenberg); vgl. auch BVerfG DVB1 1969, S. 190 ff. = NJW 1969, S. 309 ff., S. 313 = EPla R V BVerfG 12.68/20 ff. (mit Anm. Bielenberg). Das BVerfG brauchte jedoch zur Frage, ob der Enteignungsakt dem Wohl der Allgemeinheit entspreche, nicht Stellung zu nehmen, da dies offensichtlich der Fall war.

33) In einer kritischen Anmerkung zu dieser Entscheidung rügt Bielenberg EPlaR V BGH 6.67/6ff., 9f., dass für die Beschränkung der Nachprüfung von Bauplänen §§ 87, 88, BBauG ein verfehelter Ansatzpunkt seien, da hierfür nur § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG zur Verfügung stünde. Heitzer-Oestreicher, BBauG, 1973, Anm. 2 a zu § 87 BBauG, Schütz-Frohberg, BBauG, 1970, Anm. I 3 zu § 87 sowie Schrödter, BBauG, 1973, Rdnr 3 zu § 87 sehen hingegen einen Unterschied zwischen der nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG vorzunehmenden Abwägung von öffentlichen und privaten Belangen und der gesondert vorzunehmenden Prüfung, ob das Wohl der Allgemeinheit eine Enteignung erfordere. Eine Planfestsetzung könne zwar öffentlichen Belangen und Bedürfnissen entsprechen, müsse dann aber nicht die durch die Allgemeinwohlklausel gestellten strengeren Anforderungen erfüllen. Für diese Ansicht spricht schliesslich auch die Begründung zu § 96 des Regierungsentwurfs und der Ausschussbericht zu § 97 Regierungsentwurf.

der Allgemeinheit dürfe nicht mit Hinweis auf fehlerhafte oder unzumutbare Planung verneint werden, da sonst dem Richter durch eine "Hintertür" eine Überprüfung eröffnet würde, die ihm gerade verschlossen sein soll. ³⁴⁾

2.2.1.3. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

Dem VGH Baden-Württemberg kommt für den Bereich der Rechtskontrolle von Bauleitplänen das Verdienst zu, besonders wichtige Gesichtspunkte ausführlich und zum Teil auch erstmalig erörtert zu haben. ³⁵⁾

Bis zur grundlegenden Entscheidung BVerwG E 34, 301 ff. ging dieser VGH in seiner Rechtsprechung von einer vollen Justiziabilität des in § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F. enthaltenen Abwägungsgebotes aus ³⁶⁾ und verteidigte diese Rechtsprechung gegenüber Angriffen mit dem Hinweis auf

34) BGH Urteil vom 30.12.1968 - III ZR 59/68 - EPlar V BGH 12.68 (mit Anm. Bielenberg) = WM 1969, S. 391 ff. Vgl. hierzu auch die Bemerkungen de lege ferenda von Gehrmann, Die Bebauungspläne im Spiegel der Rechtsprechung, 1973, S. 245 ff.

35) Vgl. zur Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg Hoppe BauR 1970 S. 15 ff., S. 16; Zuck Normenkontrolle und Bebauungsplan, Die Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg zu § 1 IV, V BBauG, DVBl 1974, S. 213 ff.

Zu den Vorläuferbestimmungen (insbes. § 8 I Württbg. ABG) vgl. Schlez, Die Rechtsprechung des württemberg-badischen VGH und des VGH Baden-Württemberg zum Bauplanungsrecht, BaWUVBl. 63, S. 81 ff., S. 85.

36) Beschluss vom 14.3.1963 - I 59/63 - DÖV 1963, 760 = BRS 14 (1963) S. 3 = ESVGh 13, 71 ff.; Beschluss vom 2.10.1964 - II 116/64 - ESVGh 14/197; Beschluss vom 8.12.1964 - I 363/63 - EPlar Ba.-Württ. VGH I 2 b 12.64 (mit Anm. Gehrmann); Beschluss vom 22.1.1965 - II 767/63 - ESVGh 15, 185 = BRS 16 (1965), S. 1 Nr. 1; Beschluss vom 11.10.1965 - V 450/65 - EPlar Ba.-Württ. VGH II 2 b 10.65 (mit Anm. Pergande) = BRS 16 (1965) S. 148, Nr. 49; Beschluss vom 10.12.1965 - II 498/65 - BaWUVBl 1966, 41 = ESVGh 16, 21 = BRS 16 (1965) S. 4 Nr. 3 = EPlar VGH Baden-Württemberg I 1 12.65 (mit Anm. Schäfer); Beschluss vom 22.7.1966 - I 131/65 (Tübinger Punkthausfall) - DVBl 1967, 385 = DÖV 1967, 280 = BRS 17 (1966) S. 16 Nr. 6 = EPlar Ba.-Württ. VGH I 2 b 7.66 (mit Anm. Zinkahn) = BaWUVBl 1967, S. 27; Beschluss vom 25.7.1967 - III 630/66 - BRS 18 (1967) S. 4 Nr. 3; Beschluss vom 5.10.1967 - I 582/67 - BRS 18 (1967) S. 2 Nr. 2; Beschluss vom 15.5.1968 - III 738/67 - VerwRSpr. 20 (1969) Nr. 46 = BRS 20 (1968) S. 4 Nr. 2; Beschluss vom 18.9.1968 - III 129/67 - BRS 20 (1968) S. 6 Nr. 3 = ESVGh 19, 220; Beschluss vom 5.11.1968 - II 216/65 - BaWUVBl 1969, 156 = EPlar VGH Baden-Württemberg I 2 b 11.68 (1); Beschluss vom 12.11.1968 - II 703/67 - BaWUVBl 1969, 90 = BRS 20 (1968) S. 11 Nr. 4 = ESVGh 19, 227 = BBauBl 1970, 127 ff.; Beschluss vom 15.7.1969 - II 526/67 - BRS 22 (1969) S. 22 Nr. 10; Beschluss vom 29.10.1969 - II 313/68 - BRS 22 (1969) S. 2 Nr. 2; Beschluss vom 15.7.1969 - II 526/67 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 7.69 (I) =

BRS 22 (1969), Nr. 10, 22 ff.; Beschluss vom 30.7.1969 - II 189/68 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 7.69 (II) = BaWUVBl 1970, 43 ff. = BBauBl 70, 755; Beschluss vom 30.7.1969 - II 614/68 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 7.69 (III); Beschluss vom 1.8.1969 - II 667/67 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 8.69 (I); Beschluss vom 4.8.1969 - II 266/66 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 8.69 (II); Beschluss vom 29.10.1969 - II 313/68 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 10.69 = BaWUVBl 1970, 41 ff. = BRS 22 (1969), Nr. 2 S. 2 ff. = BBauBl 71, 379; Beschluss vom 19.5.1970 - II 450/66 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 5.70 = BaWUVBl 1970, 60 ff. = BRS 23 (1970), Nr. 8, 16 ff.; Beschluss vom 15.6.1970 - II 859/67 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 12.70; Beschluss vom 2.6.1971 - II 407/70 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 6.71 = BauR 71, 242 ff.; Beschluss vom 8.4.1972 - II 906/70 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 11.72 = BauR 73, 173; Beschluss vom 30.11.1972 - II 1223/72 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 11.72 (II) = BaWUVBl 1973, 89 ff.; Beschluss vom 9.3.1972 - II 307/69 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 11.72 (II) = BRS 25, Nr. 10 = BauR 73, 29; Beschluss vom 9.6.1972 - II 84/71 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 11.72 (II) = BRS 25, Nr. 11 = BauR 73, 31; Beschluss vom 4.5.1972 - II 199/72 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. = BBauBl 1973, 270 ff. = BRS 25, Nr. 17, S. 53 ff. = DÖV 1972, S. 821; Beschluss vom 5.2.1973 - II 145/72 - EPlar I 1 VGH Bad.-Württbg. 2.73 = BaWUVBl 1973, 111 ff.; Beschluss vom 3.5.1973 - II 12/73 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 5.73; Beschluss vom 18.7.1973 - II 306/72 - EPlar I 2 b VGH Bad.-Württbg. 7.73 = BaWUVBl 1973, 188 ff.

Von den unveröffentlichten Entscheidungen des VGH Mannheim können in dieser Hinsicht ebenfalls zu der Frage der vollen Überprüfbarkeit des Abwägungsgebotes besonderes Interesse beanspruchen: Beschluss vom 20.9.1967 - I 409/65 (S. 9 f.); Beschluss vom 7.12.1967 - III 743/66 (S. 14); Beschluss vom 11.11.1968 - II 325/66 (S. 11); Beschluss vom 21.11.1968 - II 609/67 (S. 10). Die in § 8 Abs. 1 Württbg. Aufbaugesetz vom 18.8.1948 (Reg.Bl. S. 127) enthaltenen Leitziele für die Aufstellung von Bebauungsplänen, die in etwa dem § 1 Abs. 3 - 5 BBauG a.F. vergleichbar waren (örtliche Gegebenheiten, geschichtliche Entwicklung, wirtschaftliche, verkehrstechnische, soziale, wohnungspolitische, gesundheitliche, kulturelle Bedürfnisse), hatte der VGH Stuttgart mit Urteil v. 1.4.54 - 1 S 298/53 - ESVGH 4, S. 64 als voll überprüfbare unbestimmte Rechtsbegriffe qualifiziert. In dem Urteil vom 31.8.1964 - II 777/63 (insbes. S. 21 ff.) wird auch die innerhalb der unbestimmten Begriffe des § 8 Abs. 1 AufBauG vorzunehmende Abwägung voll der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterstellt. Interessant und aufschlussreich ist hier die Begründung, wonach eine so grundsätzliche Frage der Planung wie die Abwägung der Belange nicht dem Ermessen der Gemeinde vorbehalten sein könne (S. 23). Eine Einschränkung der Selbstverwaltung liege nicht vor, da es sich nur um Rechtschranken handle.

den Stufencharakter ³⁷⁾ der Bauleitplanung. Danach besteht zwischen der Konzeption des Planes als einer Frage der Gemeindepolitik und schöpferischer Entwurfstätigkeit einerseits und der Transformation der planerischen Vorstellungen in die Rechtswirklichkeit andererseits eine juristisch relevante Zäsur. Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung sei nur der zweite Teil der Planung, nämlich die Planaufstellung, die der VGH Baden-Württemberg als einen blossen Akt der Rechtsanwendung qualifiziert. Im Rahmen dieses Rechtsanwendungsaktes Planaufstellung beschränkt damit der Grundsatz des Abwägungsgebotes zwingend die Ermächtigungsnorm des § 2 Abs. 1 BBauG. ³⁸⁾

Folgerichtig will der VGH Baden-Württemberg aufgrund der von ihm vorgenommenen Zäsur innerhalb des Planungsprozesses nur "die Rechtsfrage, ob die im Rechtssetzungsakt realisierten Planvorstellungen mit übergeordnetem Recht vereinbar sind und demgemäss die Grundlage zu Eingriffen in die Rechte Dritter zu bilden vermögen" nachprüfen, nicht aber auch "die Zweckmässigkeit und allgemeine Sachgerechtigkeit der gestalterischen Elemente der städtebaulichen Planung." ³⁹⁾ Wegen der Beschränkung der gerichtlichen Prüfung auf die Planaufstellung als Akt der Rechtsanwendung könne daher der Gewaltenteilungsgrundsatz nicht verletzt sein.

Auch rechtsstaatliche Gesichtspunkte hält der VGH Baden-Württemberg allen Kritikern einer vollen Justiziabilität entgegen. Bei den schweren Eingriffen, die der Plan in die privaten Rechte und Interessen eines Betroffenen ermögliche, müssten Art und Umfang dieser Eingriffe nach rechtsstaatlicher Auffassung so weit wie möglich bestimmt sein, "dürften deshalb so wenig wie möglich dem Ermessen der Gemeinde überlassen sein." ⁴⁰⁾

37) VGH Baden-Württemberg Besch. v. 22.7.1966 - I 131/65 - DVBl. 1967, S. 385 ff., S. 386: "Die ihr (scil. der Gemeinde) zugestandene Planungshoheit ist Ausfluss des durch Art. 28 GG gewährleisteten Rechts der gemeindlichen Selbstverwaltung. Die Entscheidung darüber, wie die Gemeinde ihre Planungshoheit handhabt und welche Konzeption sie ihr zugrundelegt, ist vornehmlich eine Frage der Gemeindepolitik und schöpferischer Entwurfstätigkeit, nicht nur eine Frage reiner Rechtsanwendung. Bei der Umsetzung ihrer planerischen Vorstellungen ist die Gemeinde jedoch an die Grundsätze des § 1 BBauG gebunden."

38) Die Erforderlichkeit der Bauleitplanung ist nach VGH Baden-Württemberg Beschluss vom 12.11.1968 - II 703/67 - BaWUVBl 1969 S. 90 = BRS 20, 11 eine in vollem Umfange nachprüfbare Rechtsfrage.

39) Beschluss vom 22.7.1966 - I 131/65 (Tübinger Punktausfall) - DVBl 1967, S. 385 ff., S. 386.

40) Beschluss vom 2.10.1964 - II 116/64 - ESVGh 14, 197.

Unter dem Eindruck der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, auf die im Anschluss noch näher eingegangen werden wird, reagierte der VGH Baden-Württemberg zunächst ausweichend ⁴¹⁾, um sodann in weiteren Entscheidungen sich die Diktion des BVerwG zu eigen zu machen. Als typisch für die Rechtsprechung dieses VGH seit Anfang 1972 kann daher folgendes Zitat gelten: "Die Planungsgrundsätze des Art. 1 Abs. 4 S. 1 und 3 und Abs. 5 BBauG, insbesondere mit den dort aufgeführten öffentlichen Belangen, enthalten zwar gerichtlich unbeschränkt nachprüfbare unbestimmte Rechtsbegriffe. Die gerechte Abwägung der öffentlichen und privaten Belange untereinander aber, wie die Abwägung öffentlicher und privater Belange gegeneinander, ist gerichtlich allein darauf nachprüfbar, ob eine sachgerechte Abwägung überhaupt stattgefunden hat, ob in die Abwägung an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste, ob die Bedeutung der privaten Belange verkannt oder der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten Belangen in einer Weise vorgenommen worden ist, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange ausser Verhältnis steht." ⁴²⁾

2. 2. 1. 4. Oberverwaltungsgericht Lüneburg

Auch das OVG Lüneburg betont die Verbindlichkeit der in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG a.F. enthaltenen Grundsätze. ⁴³⁾ Damit wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass "diese Grundsätze im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden und dass einer von ihnen unbeachtet bleiben muss, wenn er mit anderen, die im Einzelfall den Vorrang verdienen, nicht vereinbar ist." ⁴⁴⁾ Bei der Frage, welcher Grundsatz im Einzelfall den Vorrang verdiene,

-
- 41) So heisst es noch in einer Entscheidung vom 14.5.1970 - II 19/69, "der vorliegende Fall erfordere keine grundsätzliche Stellungnahme zu der Auffassung des BVerwG ..., nach welcher die Frage, ob der jeweiligen Planung eine gerechte Interessenabwägung zugrunde liegt, der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde und die Verwaltungsgerichte nicht uneingeschränkt zugänglich ist."
- 42) Beschluss vom 4.5.1972 - II 199/72; Beschluss vom 9.3.1972 - II 307/69 - BauR 1973, 29 ff.
- 43) Beschluss vom 2.10.1964 - II 116/64 - ESVGH 14, 197; ähnlich Beschluss vom 22.7.1966 - I 131/65 - DVBl 1967, S. 385 ff., 386, wonach die Interpretation der Begriffe des § 1 Abs. 4 BBauG zum wesentlichen Teil der Rechtsschutzfunktion der Gerichte gehöre; weiterhin OVG Lüneburg Urteil vom 24.4.1970 - I C 2/69 - DÖV 1971, S. 242 f.
- 44) Urteil vom 8.9.1966 - I A 341/65 - DVBl 1967, 391 = DÖV 1968, 65 = EPlar OVG Lüneburg I 2 a 9.66 = BRS 17 (1966) Nr. 3.

kommt der Gemeinde nach Ansicht des OVG Lüneburg ein Ermessen zu, da sich die mit der Bauleitplanung zu bewältigenden Aufgaben in aller Regel auf verschiedene Weise regeln lassen. Seine eigentliche Begründung findet dieses Planungsermessen in § 2 Abs. 1 BBauG, der den Gemeinden die Aufstellung von Bauleitplänen in eigener Verantwortung überlässt. 45)

Dieser Vorrang zugunsten des gemeindlichen Planungsermessens bedingt, dass das Abwägungsgebot keine volle Nachprüfung des planerischen Ermessens der Gemeinde gestattet. Vielmehr gibt das Abwägungsgebot nur Richtlinien für die Entscheidung dahin, "dass die Gemeinde um eine sachgerechte Entscheidung bemüht sein muss, die nicht einseitig ist, sondern die verschiedenen von der Planung berührten Interessen berücksichtigen muss." 46) Dies bedeutet, wie das OVG Lüneburg an anderer Stelle ausführt, dass es sich bei den Grundsätzen des § 1 Abs. 4 und 5 BBauG a.F. und damit auch beim Abwägungsgebot um die Festlegung der Zwecke und Ziele handelt, "die im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen und für die fehlerfreie Ermessensausübung wesentlich sind." 47)

2.2.1.5. Oberverwaltungsgericht Berlin

Das OVG Berlin nimmt in einer neuen Entscheidung eingehend zur Frage der rechtlichen Qualifizierung des Abwägungsgebotes Stellung und kommt ebenfalls zur Annahme eines Planungsermessens. 48) Dieses Planungsermessen gründet sich nach der Ansicht des OVG Berlin in § 2 Abs. 1 BBauG, der den Gemeinden die Bauleitplanung zur Erledigung "in eigener Verantwortung" zuweist. Eine fehlerhafte Handhabung dieses weitgehenden Planungsermessens liege vor allem in der Verletzung des Abwägungsgebotes.

45) Urteil vom 14.11.1968 - I A 11/68 - DÖV 1969, 642 = BRS 20 (1968) S. 1 Nr. 1

46) Urteil vom 23.3.1966 - A 1/64 - BBauBl. 1967, 265 = BRS 17 (1966) S. 14 Nr. 5

47) OVG Lüneburg Urteil vom 14.11.1968 - I A 11/68 - DÖV 1969, 642 f. weiterhinzu § 1 BBauG: OVG Lüneburg Urteil vom 23.3.1966 - A 1/64 - BRS 17 (1966), S. 14 ff. (Nr. 5); Urteil vom 8.9.1966 - I A 132/66 = EPlAR OVG Lüneburg I 2 a 9.6; Urteil vom 24.4.1968 - I A 17/66 - unveröffentlicht; Urteil vom 18.10.1968 - VI A 182/67 - EPlAR II 1 OVG Lüneburg 10.68; Urteil vom 24.4.1969 - I A 88/68 - EPlAR Lüneburg I 2 b 4.6 = BRS 22 (1969) S. 16 Nr. 6 - OVGE 25, 480 ff.; Urteil vom 24.4.1970 - I C 2/69 - DÖV 1971, 242 f = EPlAR I 2 b OVG Lüneburg 4.70; Urteil vom 11.9.1970 - I A 96/69 - EPlAR I 2 b OVG Lüneburg 9.70; Beschluss vom 14.9.1971 - I C 1/70 - BRS 24 (1971) Nr. 4, S. 11 ff. = OVGE 27 (1973), S. 478 ff.

48) Urteil vom 8.5.1970 - II B 16.69 - EPlAR OVG Berlin I 2 a 5.70

Der schwerwiegende Gedanke, dass das Grundrecht der Baufreiheit nicht schutzlos der Planung preisgegeben sein dürfe ⁴⁹⁾ und erst eine wirk-
same Rechtskontrolle den durch das Abwägungsgebot geschützten privaten
Belangen hinreichende Wirksamkeit verleihe, ⁵⁰⁾ finde sein Gegengewicht
in der Überlegung, dass die Zweckmäßigkeit der im Bebauungsplan ent-
haltenen Festsetzungen Ausdruck planerischer Gestaltungsfreiheit sein
müsse.

Das OVG Berlin versteht das Planungsermessen daher so, dass die Frage,
ob und welche privaten und öffentlichen Belange von der Planung berührt
werden, voll überprüfbar ist. ⁵¹⁾ Bei der Beurteilung der Vorzugswür-
digkeit der privaten und öffentlichen Belange gegen- und untereinander
soll dem Planer ein kontrollfreier Wertungsspielraum zustehen, der nur
hinsichtlich seiner Grenzen überprüfbar ist. ⁵²⁾

49) Vgl. Gelzer, Bauplanungsrecht, S. 13 ff., Rdziff. 22 ff.

50) Vgl. Hoppe in DVBl 1964, 165 ff., 172

51) Dies soll insbesondere für die Tatsachenfeststellung erwähnt werden.

52) Aus der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte zu den Bauge-
setzen vor Erlass des BBauG sind noch zwei Entscheidungen zu erwäh-
nen. Das OVG Münster sieht im Urteil vom 20.11.1951 - II A 1250/51 -
DÖV 1952, 539 ff. die Gestaltung eines Fluchtlinienplanes nach dem
Preuss. Strassen- und BaufluchtlinienG (Pr. GS 1875 S. 561) - wie
schon vor ihm das Pr.OVG - als im freien Ermessen der Gemeinde ste-
hend an. Dieses Ermessen sei zwar durch die in § 3 FluchtlinienG
angegebenen Gesichtspunkte (z.B. Förderung des Verkehrs) begrenzt;
darüber hinaus könne es aber vom Richter wegen des Gewaltenteil-
ungsprinzips nicht überprüft werden. Das OVG Hamburg lehnt mit
Urteil vom 14.1.1960 - Bf II 34/59 - VerwRSpr 13 (1961) Nr. 57,
S. 196 (zu § 1 BebauungsplanG vom 31.10.1923 - GVBl. S. 1357) eine
gerichtliche Überprüfung des Planungsermessens deswegen ab, weil
die Bebauungspläne gem. § 4 Abs. 1 BebauungsplanG als formelles
Gesetz festgestellt werden; vgl. weiterhin zum Abwägungsgebot: OVG
Münster Urteil v. 12.4.1972 - VII A 844/71 - BRS 25 (1972) Nr. 8,
S. 21 ff. = DVBl. 1972, 687 ff (mit Anm. David); OVG Münster Be-
schluss vom 27.4.1972 - VII B 177/72 - BRS 25 (1972) Nr. 9, S. 31
ff., Hess. VGH Beschluss vom 4.2.1972 - IV N 5/71 - BRS 25 (1972)
Nr. 13, S. 43 ff.

2.2.1.6. Bundesverwaltungsgericht

Die Entscheidung des OVG Lüneburg vom 8.9.1966 ⁵³⁾ gab dem BVerwG Gelegenheit als Revisionsinstanz zur Frage des Planungsermessens Stellung zu

Das BVerwG macht den § 2 Abs. 1 BBauG zum Ausgangspunkt seiner Entscheidung. Die darin erfolgte Anerkennung der gemeindlichen Planungshoheit und die darin zum Ausdruck kommende Einräumung eines Planungsermessens schliesse einen ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit ein, weil "Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre." ⁵⁵⁾

Diese planerische Gestaltungsfreiheit sei schliesslich nicht ein bestimmter geistig-seelischer Vorgang, sondern beinhalte verschiedene Elemente wie Erkennen, Werten, Bewerten und Wollen. Wegen dieser Verbindung habe sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle auf eine Überprüfung gemäss § 114 VwGO, die Beteiligung der höheren Verwaltungsbehörde auf eine Rechtskontrolle zu beschränken.

Das so verstandene Planungsermessen sei durch die in § 1 BBauG aufgestellten Grundregeln der Bauleitplanung gebunden. Die Einhaltung dieser Bindung unterliege der Aufsicht der höheren Verwaltungsbehörde und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

Bei der Überprüfung der einzelnen in § 1 BBauG enthaltenen Schranken lehnt sich das BVerwG an Konrad Gelzer an. ⁵⁶⁾ Dementsprechend unterscheidet das BVerwG das allem übergeordnete Ziel der städtebaulichen

53) DVBl 1967, S. 391

54) Urteil vom 12.12.1969 - IV C 105.66 - DÖV 1970, 277 ff. = BauR 1970, 31 = DVBl 1970, 414 = VerwRSpr 21 (1970) Nr. 143 = BRS 22 (1969) S. 7 Nr. 4 = BayVBl. 1970, 180 ff. = BVerwG E 34, 301.

Das BVerwG hatte bereits in früheren Entscheidungen (Urteil vom 29.8.1961 - I C 36.60 - DVBl 1962, 223 = BBauBl 1962, 129 = BRS 12 (1961) S. 19, Urteil vom 29.4.1964 - I C 30.62 - DÖV 1964, S. 386 und Urteil vom 30.4.1969 - IV C 6.68 - DVBl 1969, 697 ff. = DÖV 1970, 64 = BBauBl 1970, 229) Gelegenheit gehabt zu § 1 Abs. 4 Satz 2 a.F. BBauG Stellung zu nehmen. In diesen Entscheidungen wird aber lediglich ausgeführt, dass das Abwägungsgebot das Planungsermessen nicht in Frage stelle. Mit der Qualifizierung des Abwägungsgebotes als einem dem Wesen rechtsstaatlicher Planung entsprechenden, allgemeinen Grundsatz (BVerwG DVBl 1969, S. 697), war aber noch nicht entschieden, wie das Abwägungsgebot zu qualifizieren sei und ob seine Einhaltung der gerichtlichen Kontrolle unterliege.

55) BVerwG Urteil vom 12.12.1969 - IV C 105.66 - BVerwG E 34, S. 301 ff.

56) Das neue Bauplanungsrecht, S. 13 ff.

Entwicklung (§ 1 Abs. 1 BBauG a.F., jetzt § 1 Abs. 6 Satz 1 BBauG n.F.)⁵⁷⁾ von den Ausprägungen dieses übergeordneten Ziels, wie es sich im Hauptleitsatz des § 1 Abs. 4 Satz 1 BBauG a.F. (jetzt § 1 Abs. 6 BBauG n.F.: Soziale und kulturelle Bedürfnisse, Sicherheit und Gesundheit der Bevölkerung) befindet, der seinerseits wiederum in den Leitsätzen des Abs. 4 Satz 3 und Abs. 5 Satz 1 BBauG a.F. (jetzt § 1 Abs. 6 BBauG n.F.: Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, Eigentumsbildung, Erfordernisse der Kirchen und Religionsgesellschaften, Bedürfnisse der Wirtschaft, Landwirtschaft, Jugendförderung, Verkehr, Verteidigung, Natur- und Landschaftsschutz, Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes) erläutert und ergänzt wird. Diese Zielpunkte der Bauleitplanung seien unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum, da die planende Gemeinde bei der Beantwortung dieser Fragen keine ausschliessliche oder bevorzugungswürdige Sachkenntnis besässe. Das BVerwG lässt daher dahingestellt, ob die Interpretation dieser Begriffe zum wesentlichen Teil der Rechtsschutzfunktion der Gerichte gehört.⁵⁸⁾

Im Gegensatz zu den Leitsätzen der Bauleitplanung soll aber der Anwendungsgrundsatz des Abwägungsgebotes einen Beurteilungsspielraum enthalten. Die gerichtliche Überprüfung müsse dort ihre Grenze finden, wo sich die Gemeinde in der Kollision der verschiedenen Belange für die Bevorzugung des einen entscheidet. Diese elementar planerische Entschliessung, wie und in welche Richtung sich die Gemeinde fortentwickeln soll, sei nämlich kein nachvollziehbarer Vorgang der Abwägung.⁵⁹⁾ Auf dieser Grundlage entwickelt das BVerwG sodann die für jede Planung geltenden Abwägungsgrundsätze:

57) Gelzer nannte dies den Grundleitsatz, aus dem die vier Hauptleitsätze des § 1 Abs. 4 Satz 1 BBauG a.F. folgen.

58) So aber VGH Mannheim Beschluss vom 22.7.1966 - I 131/65 - DVBl 1967, 385 ff., 386 und Beschluss vom 2.10. 1964 - II 116/64 - ESVGH 14, 197; OVG Lüneburg DVBl 1967, 385 ff.

59) BVerwG Urteil vom 12.12.1969 - IV C 105.66 - BVerwGE 34 S. 308 f.: "Im Unterschied zur Auslegung und Anwendung der Planungs-Leitsätze ist die Frage, ob der jeweiligen Planung eine gerechte Interessenabwägung zugrunde liegt, der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde und durch die Verwaltungsgerichte nicht uneingeschränkt zugänglich. Die vielleicht auf das Gegenteil hindeutenden Worte "gerecht abzuwägen" sind insofern missverständlich, als sie die Erkenntnis in den Hintergrund treten lassen könnten, dass es insoweit nicht nur um den Vorgang des Abwägens, sondern - ihm vorausgehend und in gewisser Weise in ihn eingeschlossen - um eine Bestimmung der (relativen) Gewichtigkeit der abzuwägenden Belange geht."

"Das Gebot gerechter Abwägung ist verletzt, wenn eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet. Es ist verletzt, wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss. Es ist ferner verletzt, wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange ausser Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens wird das Abwägungsgebot jedoch nicht verletzt, wenn sich die zur Planung berufene Gemeinde in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen entscheidet. Innerhalb jenes Rahmens ist nämlich das Vorziehen und Zurücksetzen bestimmter Belange überhaupt kein nachvollziehbarer Vorgang, sondern eine geradezu elementare planerische Entschliessung, die zum Ausdruck bringt, wie und in welcher Richtung sich eine Gemeinde städtebaulich geordnet fortentwickeln will." 60)

In weiteren Entscheidungen zur materiellen Überprüfung von Bebauungsplänen hat das BVerwG diese Grundsätze in präzisierender Weise wiederholt. 61) Im sog. Flachglasfall 62) nahm das BVerwG die vom VGH Baden-Württemberg gesetzte Zäsur zwischen Planungsvorgang und Plan als Produkt dieses Vorganges auf und betonte nun, die aus dem Abwägungsgebot folgenden Abwägungserfordernisse müssten sich sowohl dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend auf den Abwägungsvorgang als auch - wie die Beachtung des Sachzusammenhangs logisch erfordere - an das Abwägungsergebnis richten. Dadurch gelingt es dem BVerwG, auch solche Planungsprojekte juristisch in den Griff zu bekommen, bei denen bedingt durch

60) BVerwG Urteil vom 12.12.1969, BVerwG E 34, 301 ff., 309. Zur weiteren Begründung seiner Auffassung verweist das BVerwG aaO noch auf das im Abwägungsgebot des § 2 Abs. 2 ROG normierte Ermessen; vgl. hierzu Bielenberg DÖV 1969, S. 316 ff., 380.

61) weiterhin aus der RSpr. des BVerwG: Urteil vom 16.4.1971 - IV C 66.67 - EPlaR III BVerwG 4.71 = BRS 24 (1971) Nr. 5, S. 14 f. = DVB1 1971, S. 746 ff. = DÖV 1971, S. 639 ff. = BauR 1971, S. 100 ff.; Urteil vom 20.10.1972 - IV C 14.71 - EPlaR I 2 c BVerwG 10.72 = BRS 25 (1972) Nr. 25, S. 73 f. (Abwägungsgebot ergibt sich unabhängig von § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG aus allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen; Abwägungsmaßstäbe sind aber dem seinerzeit geltenden Recht zu entnehmen);

62) BVerwG Urteil vom 5.7.1974 - IV C 50.72 - BauR 1974, S. 34 ff.

technische Größenordnung oder die Kostenfrage präjudizierende Vorentscheidungen nicht bis zur abschliessenden Abwägung zurückgestellt werden können. Der Verlagerung von Entscheidungen auf ausserhalb des durch § 2 a Abs. 6 Satz 2 BBauG n.F. (§ 2 Abs. 6 Satz 2 BBauG a.F.) gebotenen Anregungsverfahrens und des nach § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) erforderlichen Abwägungsvorgangs sich vollziehende Prozesse kann das BVerwG wegen der dadurch gewonnenen Effizienz die Legitimität nicht absprechen. Um aber das Anregungsverfahren vor dem Absinken zur funktionslosen Förmlichkeit zu bewahren und um das Abkürzen des vom Gesetz umfassend und ungebunden gedachten Abwägungsvorganges zu rechtfertigen, stellt das BVerwG an die Unschädlichkeit solcher "Abwägungsdefizite" drei kumulative Anforderungen: "Erstens muss die Vorwegnahme der Entscheidung als Vorwegnahme - auch unter dem Gesichtswinkel des dadurch belasteten Anregungsverfahrens - sachlich gerechtfertigt sein. Zweitens muss bei der Vorwegnahme die planungsrechtliche Zuständigkeitsordnung gewahrt bleiben, d.h. es muss, soweit die Planung dem Gemeinderat obliegt, dessen Mitwirkung an den Vorentscheidungen in einer Weise gesichert werden, die es gestattet, die Vorentscheidungen (auch) dem Rat zuzurechnen. Drittens endlich darf die vorgezogene Entscheidung - und auch dies insbesondere unter Beachtung gerade ihrer planerischen Auswirkung - nicht inhaltlich zu beanstanden sein." ⁶³⁾

Die bindende Vorentscheidung muss also ihrerseits den vom BVerwG E 34, S. 301 ff., 309 entwickelten Abwägungsgrundsätzen und zwar bezüglich des Abwägungsvorganges wie auch des Abwägungsergebnisses entsprechen. Nur unter diesen Voraussetzungen kann das aufgrund der sachlichen Verkürzung des abschliessenden Abwägungsvorganges feststellbare Abwägungsdefizit als ausgeglichen angesehen werden. Daneben muss dann aber auch noch das endgültige Abwägungsergebnis den zum Abwägungsgebot entwickelten Grundsätzen entsprechen.

Da in der neuesten höchstrichterlichen RSpr. zu § 131 AO a.F. (§ 227 AO 1977) ⁶⁴⁾ und zu § 1 Abs. 1 Satz 1 Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften ⁶⁵⁾ ein Tendenzwandel zugunsten der Beurteilungs-

63) aaO BauR 1974, S. 317

64) Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte vom 19.10.1971 - GemS - OGB 3/70 - BVerwG E 39, S. 355 ff.

65) BVerwG Urteil vom 16.12.1971 - I C 31.68 - BVerwG E 39, 197 ff.

ermächtigung bei unbestimmten Rechtsbegriffen gesehen worden war, 66) wiederholt das BVerwG auch insoweit die bereits in BVerwG E 34, S. 300 ff. getroffenen Feststellungen. Danach begründet die abstrakt - begriffliche (tatbestandliche) Abgrenzung der Gesichtspunkte, die abwägungserheblich sind, sowie die Entscheidung darüber, welche konkret vorliegenden Umstände unter diese Begriffe subsumiert werden können, weder eine Bindung für die höhere Verwaltungsbehörde noch für das mit der Überprüfung des Bauleitplanes befasste Gericht. Die Gewichtung des Abwägungsmaterials hingegen ist wesentliches Element der planerischen Gestaltungsfreiheit, unterliegt aber wiederum den bekannten Abwägungsschranken.

2.2.2. Schrifttum

In sich differenzierter sind die Meinungen zur Justiziabilität des Abwägungsgebotes im Schrifttum. Das Spektrum der hier vertretenen Auffassungen reicht von der Annahme völliger Freiheit der planenden Gemeinde 67) über Ermessenskontrolle und Beurteilungsspielraum bis zur völligen Gebundenheit der Gemeinde. Die bunte Palette der für die Begründung der jeweiligen Meinung verwendeten Argumente, die sich gleichermaßen zur Begründung wie auch zur Ablehnung von Ermessensspielräumen eignen, schafft eine Verwirrung, die der Klärung des Problems im Wege steht. Parallel zur ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich jedoch eine Stabilisierung der Standpunkte in Richtung auf eine eigenständige Institution "Planungsermessen" feststellen.

2.2.2.1. Entstehungsgeschichte als Argument für ein Planungsermessen

Von Klaus Meyer wird die Entstehungsgeschichte des BBauG für das Bestehen eines Ermessensspielraumes angeführt. 68) In §§ 1, 7 des sogenannten Kommissionsentwurfes 69) war noch zwischen Planungsgrundsätzen für die

66) z.B. Hoppe, Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen, Festschrift für Scupin S. 121 ff., 122

67) So die heute wohl nicht mehr vertretene "hamburgische Auffassung"; vgl. hierzu Haas DVBl. 1961, S. 257 ff.; LG Hamburg (siehe oben Anm. 28) MDR 1961, S. 1015 f. Gegen diese zu weitgehende Ansicht Blümel DÖV 1965, S. 297 ff.; Bartlsperger DVBl. 1967, S. 360 ff.

68) Meyer, DVBl. 1968, S. 492 ff., S. 493.

69) Schriftenreihe des BMinfWobau, Bd. 7 und 9.

Planungsträger (§ 1) und Prüfungsmaßstäben für die Rechtsaufsicht durch die Genehmigungsbehörde (§ 7) unterschieden worden. Diese Zweigleisigkeit, die später fallen gelassen wurde, liess die Vorstellung erkennen, dass der Planungsträger im Bereich der Planungsgrundsätze einen gewissen Spielraum haben sollte. Weiterhin ist der in den Ausschussberatungen gestrichene Zusatz zu § 1 Regierungsentwurf, wonach "der Inhalt der Bauleitpläne den Planungszielen entsprechend wirtschaftlich und zweckmässig sein" solle, nach Ansicht von Meyer ⁷⁰⁾ ein historischer Beleg für ein Planungsermessen. Der Ausschuss war nämlich der Ansicht gewesen, "dass eine solche Vorschrift, deren Beachtung von den Aufsichtsbehörden bei Genehmigung der Planung zu prüfen wäre, der gemeindlichen Planungshoheit (§ 2 Abs. I BBauG) widersprechen würde.

Dass man dem Ausschussbericht auch die gegenteilige Meinung entnehmen kann, belegt die Darstellung von Weinisch. ⁷¹⁾ Eben unter Hinweis auf den Ausschussbericht spricht Weinisch der Gemeinde eine Prüfungsfreiheit bei der Anwendung des Abwägungsgebotes ab. Zuzustimmen ist daher wohl der Ansicht von Arnold, ⁷²⁾ wonach die Gesetzesmaterialien zu dieser Frage keine eindeutige Auskunft geben.

2.2.2.2. Parallele zum Planfeststellungsverfahren

Breuer ⁷³⁾ möchte die Annahme eines weiten Ermessensspielraumes bei der Anwendung des Abwägungsgebots durch einen Vergleich mit dem Planfeststellungsverfahren untermauern. Im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens wird unbestrittenermassen bezüglich der Gestaltung und Feststellung des Planes eine Ermessensentscheidung angenommen. ⁷⁴⁾ Breuer folgert daraus, dass das, was für die Feststellung eines einzelnen Vorhabens gilt, erst recht für die planerische Gesamtgestaltung einer Fläche mit einer Vielzahl von baulichen Nutzungen gelten müsse. Diese Folgerung werde auch dadurch getragen, dass Akte der Planfeststellung und des Bebauungsplans insofern vertauschbar seien, als ein Bebauungsplan eine strassenrechtliche oder personenbeförderungsrechtliche Planfeststellung

70) DVBl. 1968, S. 493

71) Weinisch, BBauG, S. 42

72) Arnold, MDR 1969, S. 527 ff., S. 528

73) Breuer, Die hoheitliche raumgestaltende Planung, S. 186

74) Sieder-Zeitler, Bayr. Str. WG Rdnr. 9 zu Art. 36; Fritsch-Golz-Wicher, StrassG des Landes NRW, Anm. 7 zu § 40; BVerwG Urteil vom 14.2.1975 - IV C 21.74 - DVBl. 1975, S. 713 ff., S. 715

ersetze, soweit er die erforderlichen Festsetzungen für die Strasse oder Strassenbahn enthalte. Ebenso wie Gehrmann kommt daher Breuer zum Ergebnis, dass es unerträglich sei, wenn eine Norm stärker überprüfbar sei als ein Verwaltungsakt.⁷⁵⁾

2.2.2.3. Durch den Rechtsnormcharakter des Bebauungsplanes bedingtes gesetzgeberisches Ermessen

Während in der Rechtsprechung zum Abwägungsgebot der in § 10 BBauG angeordnete Rechtsnormcharakter des Bebauungsplans keinerlei Rolle spielt, wird im Schrifttum teilweise versucht, hieraus eine weitestgehende Ermessensfreiheit des Planungsträgers herzuleiten.⁷⁶⁾

Gestützt auf das Waldfriedhofurteil des BGH⁷⁷⁾ und eine ihm folgende nicht veröffentlichte Entscheidung des OLG Düsseldorf⁷⁸⁾ folgert Clasen aus § 10 BBauG die Statuierung einer Gesetzgebungshoheit der örtlichen Gemeinschaft, in die die richterliche Überprüfung nicht eingreifen darf. Diese Gesetzgebungshoheit bezieht sich demgegenüber nach der Ansicht von Arnold,⁷⁹⁾ der der Argumentation des VGH Baden-Württemberg folgt, nur auf die Planschöpfung, nicht aber auf die rechtlich gebundene Umsetzung der Plankonzeption.

Grauvogel hingegen geht vom Gegensatz zwischen Norm und Verwaltungsakt aus und kommt zum Ergebnis, dass die für die Nachprüfung von Verwaltungsakten entwickelten Kriterien für das Rechtssetzungsverfahren nicht gelten können. Daher sei die im Bauplanungsverfahren herrschende Ermessensfreiheit des Normengebers durch die höherrangigen Normen des § 1 Abs. 6 und 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG a.F.) nicht eng gebunden, so dass noch ein weiterer Spielraum für ein planerisches Ermessen verbleibe. Die in § 1 BBauG genannten Begriffe sollen daher einer juristischen Subsumtion nicht zugänglich sein.⁸⁰⁾ In ähnlicher Weise sieht Zinkahn⁸¹⁾ im Aufstellen eines Bebauungsplans eine legislative Tätigkeit der Gemeinde, allerdings mit der Besonderheit, dass die Schranken dieses ge-

75) Gehrmann EPlar VGH Baden-Württemberg 12.64/ S. 9 ff.

76) Heinrich Clasen, BIGEWR 1969, S. 206 f.; ders., Bauamt und Gemeindebau 1967, S. 482 f.; Brügelmann-Grauvogel (Kohlhammer-Kommentar), Anm. V 2 zu § 1 BBauG.

77) BGH Urteil vom 15.6.1967 - III ZR 17/66 - NJW 1967, S. 2305 ff. (siehe oben unter 2.2.1.2. und Anm. 29).

78) OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.1968 - U (Baul.) 6/67

79) Arnold MDR 1969, S. 527 ff.

80) Brügelmann-Grauvogel (Kohlhammer-Kommentar), Anm. I 2 zu § 6 BBauG

81) Zinkahn EPlar I 2 b VGH Baden-Württemberg, 7.66/S. 18 ff.; ebenso Bieleberg EPlar V BGH 6.67/S. 6 ff., S. 7. S. 12.

gesetzgeberischen Ermessens sich nicht nur aus der Verfassung, sondern auch aus den in § 1 BBauG aufgezeigten Leitzielen einer Bauleitplanung ergeben. Auch bei Meyer⁸²⁾ wird der Schluss vom Rechtsnormcharakter auf ein gesetzgeberisches Ermessen deutlich, wenn er etwa sagt, dass der gesamte Planungsvorgang bis zum Satzungsbeschluss eine untrennbare Einheit sei, wodurch das planerische Ermessen noch bis in die Satzung fortwirke.

Die Gegenposition hierzu wird von Blümel und Bartlsperger bezogen.⁸³⁾ Nach Ansicht beider Autoren ist es mit dem richterlichen Prüfungsrecht und der richterlichen Prüfungspflicht nicht vereinbar, wenn seit der Qualifizierung der Bebauungspläne als Rechtsnormen die Bauleitplanung nicht mehr dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung unterstehen solle.⁸⁴⁾ Dies um so mehr, als das BVerwG⁸⁵⁾ und der BGH⁸⁶⁾ die Qualifikation des Bebauungsplans als Rechtsnorm seinerzeit mit dem Hinweis begründet hätten, dass dem Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers mit einer Incidentüberprüfung im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren Genüge getan sei.⁸⁷⁾ Diese Erwägungen müssten auch noch für den nach § 10 BBauG als Satzung zu beschliessenden Bebauungsplan Gültigkeit haben.

Auch der Gewaltenteilungsgrundsatz weise zwar die Bauleitplanung der Gemeinde zu, binde aber die Gerichte nur an rechtmässige Bebauungspläne. Daraus folge, wie auch Froberg⁸⁸⁾ ausführt, dass die Planungshoheit nur nach Massgabe des Gesetzes, also auch nur im Rahmen des Abwägungsgebotes gegeben sei. Daher ergebe sich aus dem Rechtsnormcharakter des Bebauungsplanes noch kein Ermessensspielraum.

82) Meyer, DVBl. 1968, S. 493; allerdings setzt sich Meyer nicht mit der genau entgegengesetzten Argumentation des VGH Baden-Württemberg auseinander.

83) Blümel, DÖV 1965, S. 297 ff.; Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 360 ff.

84) Blümel, DÖV 1965, S. 303.

85) BVerwG, Urteil vom 3.5.1956 - I C 89.55 - BVerwG E 3, S. 258 ff., S. 262.

86) BGH, Urteil vom 15.6.1967 - III ZR 17/66 - NJW 1967, S. 2305 ff.

87) Vgl. hierzu die Ausführungen von Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 27 ff.

88) Froberg, JR 1963, S. 174 ff.

2.2.2.4. Gemeindliche Planungshoheit

In untrennbarem Zusammenhang mit der Argumentationskette Rechtsnormcharakter - gesetzgeberisches Ermessen steht als weiterer Topos die gemeindliche Planungshoheit,⁸⁹⁾ die durch § 2 Abs. 1 BBauG begründet ist.

Mit dieser durch Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich abgesicherten Planungszuständigkeit der Gemeinde lässt sich nach einer im Schrifttum vorherrschenden Ansicht eine völlige Überprüfung der planerischen Tätigkeit der Gemeinde nicht vereinbaren.⁹⁰⁾ Eine Überprüfbarkeit soll daher nur im Falle des Ermessensmissbrauches und der Ermessensüberschreitung zulässig sein.⁹¹⁾ Nach Ansicht von Bartlsperger⁹²⁾ hingegen ist die gemeindliche Planungshoheit dann nicht verletzt, wenn der planerischen und ortsgesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit mit Rücksicht auf überörtliche Belange, auf die Anliegen der grösseren sozialen Gemeinschaft und auf berechnigte private Interessen rechtlich verbindliche Grenzen gesetzt werden.⁹³⁾ Bartlsperger versteht das gemeindliche Satzungsrecht nicht als originäre Rechtssetzungsbefugnis,⁹⁴⁾ sondern als staatlich verliehenes Rechtssetzungsrecht mit einer "gewissen Selbstständigkeit in der Handhabung",⁹⁵⁾ dessen Umfang sich nach der historischen Entwicklung und nach den ausdrücklichen gesetzlichen Zuweisungen

89) Allgemein hierzu: Brügmann-Grauvogel (Kohlhammer-Kommentar), Anm. I zu § 2 BBauG; Schrödter, RdNr. 1 zu § 2 BBauG; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, RdNr. 2 ff. zu § 2 BBauG; Klaus Meyer in Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. II, S. 229 ff.; Creutzig, DÖV 1968, S. 236 ff.; Gönnewein, Gemeinderecht, S. 111 ff., S. 122 ff., S. 225 ff.

90) Meyer-Stich-Tittel, RdNr. 9 zu § 1 BBauG; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, RdNr. 63 zu § 1 BBauG; Schrödter, RdNr. 18 f. zu § 10 und RdNr. 13 a zu § 40 BBauG.

91) Pergande EPlar I 2 b VGH Baden-Württemberg 11.68/S. 6 f.; ders., EPlar OVG Lüneburg 9.66/S. 5 ff.; ders., EPlar II 2 b VGH Baden-Württemberg 10.65/S. 5 ff., S. 10 f. Nach Schäfer EPlar I 1 VGH Baden-Württemberg 12.65/S. 13 ff., S. 17 wird die Grenze der gemeindlichen Planung allenfalls dort überschritten sein, "wo ein Bebauungsplan die bauliche Entwicklung des Gemeindegebiets in sich völlig sinnwidrig ordnet."

92) Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 360 ff., S. 365; ihm folgend Arnold, MDR 1969, S. 527 ff.

93) DVBl. 1967, S. 365.

94) So aber Mang BayVbl. 1961, S. 273 ff.; Hoppe DVBl. 1964, S. 165 ff., S. 168.

95) BVerwG Urteil vom 7.3.1958 - VII C 84.57 - BVerwG E 6, S. 247 ff., S. 251.

beurteile. Vor Erlass des BBauG habe eine gemeindliche Planungshoheit zumindest nicht im heutigen Umfang bestanden.

Fraglich bleibt aber, ob sich der Gesichtspunkt der gemeindlichen Planungshoheit als Ansatzpunkt für die Frage der Rechtsnatur des Abwägungsgebotes eignet. Hinter dem Schluss von der Planungszuständigkeit auf die mangelnde Überprüfbarkeit verbirgt sich das jetzt in grösserem Zusammenhang diskutierte Problem der Kontrolle der Verwaltung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dieses Problem lässt sich weder durch Verweis auf die besondere Stellung der Gemeinde auf dem Gebiet des Bauplanungsrechts noch durch historische Erörterungen lösen. In dem eben betonten grösseren Zusammenhang können aber sowohl Rechtsnormcharakter des Bebauungsplans wie auch gemeindliche Planungszuständigkeit zugunsten einer beschränkten Freiheit der Gemeinde von gerichtlicher Kontrolle verwendet werden.

2.2.2.5. Die besondere Eigenart der Bauleitplanung

Aus der besonderen Eigenart der Bauleitplanung, bei der eine sichere Vorzugswürdigkeit einer bestimmten Lösung infolge der mangelnden Objektivierbarkeit nicht besteht, wird vielfach das Vorhandensein eines Ermessensspielraumes bei der Anwendung des Abwägungsgebotes gefolgert.

Die durch die Bauleitplanung zu schaffende Ordnung ist nicht wie sonstige Verwaltungstätigkeit an einem formalen Gleichheitsmass orientiert. An dessen Stelle tritt vielmehr, wie Imboden ⁹⁶⁾ erkannt hat, eine zweckrationale dezisionistische Folgerichtigkeit. Wegen dieser sich daraus ergebenden Eigenart der Bauleitplanung halten beispielsweise Meyer-Stich-Tittel ⁹⁷⁾ die Gemeinde nur für verpflichtet, die Ziele und Zwecke des § 1 Abs. 6 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG a.F.) im Rahmen ihrer Ermessensausübung zu beachten und planerisch möglichst optimal zu verwirklichen, wodurch diese Bestimmungen Ähnlichkeit mit einem blossen Programmsatz erhalten.

In Übereinstimmung hiermit besteht nach Ernst-Zinkahn-Bielenberg das Wesen der Bauleitplanung nicht in der Regelung eines Einzelfalles, sondern

96) Imboden, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL 18, S. 113 ff., S. 124.

97) Meyer-Stich-Tittel, Anm. 9 zu § 1 BBauG, S. 97.

in der Ordnung der gemeindlichen Entwicklung mit ihrer die Gesamtheit der örtlichen Lebensbedingungen beeinflussenden Wirkung.⁹⁸⁾ In der Gestaltung der auf die Bedürfnisse der örtlichen Gemeinschaft zugeschnittenen zweckmässigen Ordnung und in der Regelung künftiger Entwicklungstendenzen werde die Gemeinde nicht mehr administrativ tätig, sondern falle eine im Bereich sozialgestaltender Gesetzgebung liegende Entscheidung.⁹⁹⁾ Eine so verstandene Bauleitplanung als politische Gestaltung widersprüchlicher sozialer Sachverhalte erfordere eine schöpferische Gestaltungsfreiheit der Gemeinde,¹⁰⁰⁾ die von den Gerichten in vertretbarem Rahmen zu beachten sei.¹⁰¹⁾ Die Gestaltungsfreiheit sei in diesem Bereich der Sozialverwaltung grösser als im Bereich der Eingriffsverwaltung, wo der Bürger in seiner Eigentumssphäre betroffen werde. Aber auch da, wo der Plan durch seine Nutzungsregelungen die aus dem Eigentum als eine Nutzungsfreiheit abgeleitete Baufreiheit beeinträchtige, sei die gerichtliche Kontrolle nur erweitert, aber nicht umfassend. Denn gewisse Bevorzugungen und Benachteiligungen seien durch den sozialgestaltenden Charakter des Planes bedingt. Im Ergebnis werde also nur die Übermassgrenze weiter vorgerückt als im Bereich der Ordnungsverwaltung.¹⁰²⁾

Andere Autoren ziehen dort die Grenze für die Überprüfbarkeit des Abwägungsgebotes, wo mehrere Lösungen planerisch gleichwertig sind.¹⁰³⁾ Gelzer führt als Beispiel einer planerischen Gleichwertigkeit verschiedener Lösungen den Fall an, dass eine Gemeinde zur Anlage eines Parkplatzes drei von fünf nebeneinander liegenden Grundstücken benötigt.¹⁰⁴⁾ Mehrere Abwägungen können nämlich nach Gelzer gleich gerecht sein, je nachdem, welche Bedeutung die planende Gemeinde im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens jeweils den einzelnen Leitsätzen des § 1 BBauG,

98) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, Rdnr. 63 zu § 1 BBauG; Zinkahn EPlaR VGH Baden-Württemberg 7.66/S. 18 ff.

99) Pergande EPlaR, VGH Baden-Württemberg 10.65/S. 10.

100) Schrödter, Rdnr. 19 zu § 10 BBauG; Beenken, Bauleitpläne, S. 230 ff.

101) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, Rdnr. 63 zu § 1 BBauG; Schrödter, Rdnr. 19 zu § 10 BBauG.

102) Zinkahn, EPlaR, VGH Baden-Württemberg 7.66/S. 18 ff.

103) Gelzer, Bauplanungsrecht, S. 24, Rdnr. 39; Hoppe DVBl. 1965, S. 165 ff., S. 172 f.; ders., Rechtsschutz bei der Planung, Rdnr. 138 ff., S. 53 ff., Rdnr. 179, S. 65 f.; Breuer, Die hoheitliche raumgestaltende Planung, S. 185; Schuegraf BayVbl. 1964, S. 106 ff.

104) Gelzer, Das neue Bauplanungsrecht, S. 77.

deren Begrenzung dann die Abwägung erreichen soll, beimitst. Auch Hoppe¹⁰⁵⁾ nimmt für den Fall, dass öffentliche und private Belange objektiv gleichrangig sind, ein Handlungsermessen des Planungsträgers an.¹⁰⁶⁾ Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Beenken unter Anlegung topischer Maßstäbe.¹⁰⁷⁾ Voraussetzung für die volle Überprüfbarkeit ist nach Beenken die Existenz eines geschlossenen Systems, das zum einen sämtliche städtebauliche Entscheidungsmomente, die für Planungsentscheidungen maßgeblich sein können, enthält und zum andern widerspruchsfrei die Rangfolge der einzelnen Entscheidungsmomente bestimmt. Ein solches geschlossenes Maßstabssystem sei aber nicht erzielbar, da das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) eine Einzelfallabwägung der städtebaulichen Belange gebiete und damit eine statistische Bewertung und allgemeingültige Klassifizierung der städtebaulichen Belange verbiete.¹⁰⁸⁾ Dieser Annahme eines Ermessensspielraumes bei der Handhabung des Abwägungsgebotes, der sich aus dem Fehlen eines geschlossenen Maßstabssystems oder dem Fehlen einer sachlichen Beurteilungskompetenz ergeben soll, entspricht es schliesslich, wenn Sellmann¹⁰⁹⁾ die völlige Überprüfung eines Planes als "richterliche Hypertrophie" bezeichnet. Denn dem Richter, der eine Planfestsetzung auf ihre planerische Richtigkeit überprüfen solle, fehle eben ein gültiger Maßstab für eine planerische Richtigkeit und er stehe deswegen vor einer kaum lösbaren Aufgabe.¹¹⁰⁾

Auch in einer neueren Untersuchung von Hoppe wird die Besonderheit des durch Ziel- und Interessenkonflikte bestimmten Planungsprozesses zum Ausgangspunkt der Überlegungen.¹¹¹⁾ Diese Eigengesetzlichkeiten der Planung bedingen eine Gestaltungsfreiheit, die sich der juristischen Einbettung

105) Hoppe DVBl. 1964, S. 173.

106) Zur Kritik vgl. Bartlsperger DVBl. 1967, S. 360.

107) Beenken, Bauleitpläne S. 230 ff., S. 263 f.

108) Ähnlich Hoppe DVBl. 1964, S. 172, der nur solche Elemente der Bauleitplanung überprüfen will, die objektivierbar und damit einer Kontrolle zugänglich sind. Eine solche Objektivierbarkeit soll aber nicht von einem allgemeingültigen Maßstabssystem abhängig sein, sondern soll nur durch eine sachliche Beurteilungskompetenz bedingt sein.

109) Sellmann DÖV 1967, S. 222 ff.

110) Meyer DVBl. 1968, S. 493 ff.; Ähnlich Nedden, EPlar VGH Baden-Württemberg 12.64/S. 12 ff. und Bielenberg, EPlar BGH 6.67/S. 6 ff., S. 13, wonach es nicht Aufgabe eines Verwaltungsgerichts sein könne, alle fachlichen, sachlichen und finanzwirtschaftlichen Gesichtspunkte zu begrenzen.

111) Hoppe, Festschrift für Hans-Ulrich Scupin, S. 121 ff.

weitgehend entzieht. Eine heteronome Determination des Planungsprozesses ist daher nur soweit möglich, wie sich rational nachvollziehbare Kriterien für diesen Vorgang entwickeln lassen. Mangels einer exakten Planungswissenschaft und infolge des Fehlens eines allgemein anerkannten Planungsinstrumentariums fehlt ein geschlossenes Masstabssystem für die Planungstätigkeit. Dasselbe gilt für den Abwägungsvorgang, der zwar durch normativ festgelegte Merkmale begrenzt ist. Da diese Merkmale aber keinen Ausschliesslichkeit beanspruchenden Katalog darstellen, ist eine vollständige und allesfassende normative Wertung oder Setzung von Prioritäten im Hinblick auf "private und öffentliche Belange" nicht möglich. ¹¹²⁾ Daher lassen die rechtlichen Schranken der Planung einen weiten Spielraum für autonome, originär planerische Maßstäbe, die sich der gerichtlichen Kontrolle entziehen. Von hierher kommt Hoppe zum Ergebnis, dass nicht nur das Abwägungsgebot, sondern auch die in § 1 Abs. 6 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 1, 3 und 5 BBauG a.F.) verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe einer gerichtlichen Kontrolle unter Einräumung eines Beurteilungsspielraumes zugänglich sind. ¹¹³⁾

2.2.2.6. Das Abwägungsgebot gem. § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) als gesetzliche Ausprägung des allgemeinen rechtsstaatlichen Gebots gerechter Abwägung

"Das Gebot, die von einer Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen, ergibt sich aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung; es ist ein dem Wesen rechtsstaatlicher Planung innewohnender Grundsatz." Diesen Ausführungen des BVerwG ¹¹⁴⁾ folgend wird das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) zunehmend als Ausprägung eines allgemeinen Abwägungsgebotes, das das Planungsermessen bestimmt, angesehen. ¹¹⁵⁾

Badura zählt das Abwägungsgebot zusammen mit der Bestimmung des Planungs-

112) Hoppe, Festschrift für Hans-Ulrich Scupin, S. 125; ebenso Steiger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 385 ff., S. 421.

113) Hoppe, Festschrift für Hans-Ulrich Scupin, S. 121 ff., S. 130 ff.

114) BVerwG Urteil vom 30.4.1969 - IV C 6.68 - NJW 1969, S. 1868 f. = DÖV 1970, S. 64; vgl. weiterhin BVerwG Urteil vom 20.10.1972 - IV C 14.71 - BVerwG E 41, S. 67 ff. = DVBl. 1973, S. 43; BVerwG Urteil vom 14.2.1975 - IV C 21.74 - DVBl. 1975, S. 713 ff., S. 717.

115) Badura, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des BayVerfGH, S. 157 ff.; Hoppe, Festschrift für Scupin, S. 121 ff.; Steiger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 385 ff., S. 423 Anm. 107; Stürer, DVBl. 1974, S. 314 ff.

subjekts und der Ordnung des Planungsverfahrens zum rechtsstaatlichen Minimum einer Planungsermächtigung.¹¹⁶⁾ Planerische Abwägungsrichtlinien sollen aber nicht als subsumtionsfähige Tatbestandsmerkmale verstanden werden, vielmehr soll hierdurch die Planung an das Gebot willkürfreier Sachgerechtigkeit und an die Einhaltung des Übermassverbots gebunden werden. Der Grundsatz willkürfreier Sachgerechtigkeit bezieht die dem bodenordnenden Planungsrecht zugrundeliegenden Verfassungsgrundsätze des sozialen Rechtsstaats und der Eigentumsgarantie in die planerische Willensbildung ein. Bei dem dabei auftretenden Problem der Vereinbarkeit der spezifisch planenden Auslese mit dem Gebot der Rechtsgleichheit greift Badura auf die vom BVerwG hierzu entwickelten Grundsätze zurück.

Diese eigenständige Doktrin der Rechtsfehler im Rahmen von Planungsermächtigungen begründet Badura mit der in der Zuweisung einer Planungsaufgabe notwendigerweise liegenden Einräumung von Planungsermessen. Da der Plan in antizipierender und programmatischer Weise auf die Verwirklichung eines bestimmten Zustandes gerichtet ist, entspricht die der Planung zugrundeliegende Gesetzesnorm nicht dem normstrukturellen Schema der mit einem Tatbestand verknüpften Rechtsfolge. Zum Verständnis dieser planerischen Gestaltungsfreiheit, die sich vom normativen Ermessen dadurch unterscheidet, dass sie in Ausübung der vollziehenden Gewalt ergeht, kann die am Schema von Tatbestand und Rechtsfolge ausgerichtete Lehre von Rechtsfolgeermessen und Beurteilungsspielraum nichts beitragen.¹¹⁷⁾ Losgelöst von dem üblichen Klassifizierungsproblem kommt Badura zu einem dem einheitlichen Planungszweck ("planmäßige Ordnung der Bodennutzung") entsprechenden einheitlichen Begriff des Planungsermessens,¹¹⁸⁾ das eine besondere Form des Ermessens darstellt. Aus der Sonderstellung der Planungsermächtigung als Norm und des Planungsermessens folgt daher auch nur eine beschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit des Abwägungsgebotes.

Ähnlich sieht auch Stürer die gemeindliche Planungsentscheidung als durch ein Geflecht unterschiedlicher und oft gegenläufiger Interessenstrukturen gekennzeichnet an, die durch die gesetzliche Handlungsnorm nur teil-

116) Badura, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des BayVerfGH, S. 157 ff., S. 175 ff.

117) Badura, aaO., S. 174.

118) Badura, aaO., S. 172.

weise heteronom determiniert wird. ¹¹⁹⁾ Diese rechtliche Fixierung soll sich aber nur auf das Aufstellen von Ziel- und Wertvorstellungen, Form- und Verfahrensvorschriften sowie Grundsätze für Abwägungs- und Bewertungsvorgänge erschöpfen, dagegen alle sachbezogenen, sachimmanenten Maßstäbe und Wertungen dem autonomen Gestaltungsspielraum der Gemeinde überlassen. Solche autonomen Gestaltungsräume begrenzen und verkürzen die Reichweite der Kontrollnorm mit der Folge einer Reduktion der gerichtlichen Überprüfung auf einen geringeren Umfang als sonst üblich. ¹²⁰⁾ Im Ergebnis kommt also Stür zu einem weiten unüberprüfbaren Ermessensspielraum der Gemeinde, der in der neueren Lehre von den autonomen Ermessensdeterminanten seine Rechtfertigung findet.

2.3. Zusammenfassung

Die dargestellten Erörterungen des Planungsermessens in der Literatur und in der Rechtsprechung verdeutlichen die Mangelhaftigkeit einer isolierten Betrachtungsweise des Abwägungsgebots. Die zur Begründung beziehungsweise Negierung einer richterlichen Überprüfung des Planungsermessens verwendeten Argumente lassen die Affinität des Planungsermessens zum allgemeinen Verwaltungsermessens erkennen. Wegen der besonderen Aspekte des Planungsrechts ist es erforderlich, das allgemeine Ermessensproblem zunächst isoliert zu betrachten, um von daher eine Basis für die Einordnung des Planungsermessens zu gewinnen. Nur so lässt sich eine saubere dogmatische Einordnung des Planungsermessens erzielen, die der Bewältigung dieses modernen Schlüsselproblems gerecht wird.

119) Stür, DVBl. 1974, S. 317; ders., DÖV 1974, S. 257 ff., S. 260 f.

120) Stür, DVBl. 1974, S. 318.

3. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

3.1. Darstellung der Ermessenslehren

3.1.1. Die traditionelle Lehre

Unter Ermessen ¹⁾ versteht man nach der herrschenden Meinung "einen Spielraum des Handelns und Entschlusses, die Wahl zwischen mehreren, in gleicher Weise möglichen Arten des Sichverhaltens: A zu tun, B zu tun oder auch nichts zu tun. Möglich bedeutet in diesem Falle rechtlich möglich. Das positive Recht gibt keiner dieser Arten des Verhaltens einen Vorzug vor der anderen". ²⁾ Diese der traditionellen Ermessenslehre entsprechende Definition von Forsthoff charakterisiert das nach herrschender Meinung für das Verwaltungsermessen Typische, nämlich die Massgeblichkeit der subjektiven Entscheidung der Behörde in einem demzufolge rechtsfreien Spielraum der Verwaltung. Damit wird aber die Frage nach dem Grundverhältnis zwischen Staat und Bürger angesprochen; ³⁾ die Ermessensproblematik wird so durch das Spannungsverhältnis Rechtsstaat - Verwaltungsstaat überhöht. Dieser verfassungsabhängige Aspekt des Ermessensstreites ist eng verknüpft mit der rechtsmethodischen Frage, ob die Anwendung von Rechtsnormen auf den konkreten Einzelfall die Entscheidung ideell völlig determiniere oder ob die Verwaltungsbehörden autonomen Determinanten, eigenen Maßstäben und Wertungen Raum zu geben berechtigt sind, um so dem schöpferischen Charakter der Verwaltung Ausdruck zu geben.

Damit sind die beiden Fronten in der Behandlung der verwaltungsgerichtlichen Ermessensproblematik: Eigenständigkeit oder Gerichtsunterworfen-

-
- 1) Eine ausführliche Literaturzusammenstellung zu diesem Thema befindet sich bei Jellinek, Gesetz, Gesetzmässigkeit und Zweckmässigkeitserwägung, S. 2 Fn. 8; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, S. 652; Jesch, ABR82, 1957, S. 163 Fn. 1; Scholz, VVDStRL 34, 1976, S. 164 Fn. 79.
 - 2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 84; fast gleichlautende Ermessensdefinitionen finden sich in den gebräuchlichen Kommentaren zur VwGO; vgl. Eyermann-Fröhler, Rdnr. 7 zu § 114 VwGO; Schunck-de Clerk, Anm. 2 c dd zu § 114 VwGO; Redeker-v. Oertzen, Anm. 3 zu § 114 VwGO.
 - 3) Vgl. Schmidt-Salzer, VA 60, 1969, S. 261 ff., S. 266 f.; Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, S. 11, charakterisiert das Problem wie folgt: "Je nach dem Verständnis, das wir und unsere Verfassungsordnung vom Staat haben, und je nach dem Umfang der Kompetenzen, die wir der Staatsmacht einräumen wollen, sei es eingreifend oder auch gewährend, danach richten sich Qualität und Quantität der den Staatsfunktionen eingeräumten Ermessensspielräume."

heit der Verwaltung vor dem Hintergrund des Gegensatzpaares Rechtsstaat und Verwaltungsstaat, wie er durch den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit ⁴⁾ geschaffen wurde, angedeutet. Auf diesen historischen Boden der Ermessensproblematik haben von Laun ⁵⁾ und ihm folgend neuerdings wieder Ehmke ⁶⁾ und Rupp ⁷⁾ hingewiesen. Ermessen stand demnach als dem Bereich des Staates und der Regierung angehörend ursprünglich im Gegensatz zu der mit der Privatrechtsordnung identifizierten Rechtsordnung, der Justiz. Im Staat der vorkonstitutionellen Epoche wurden Regierungssachen kraft unbeschränkter Souveränität des Herrschers nur "pro prudenti imperantium arbitrio" ⁸⁾ erledigt. Mit der Verselbständigung der Gesetzgebung durch die verfassungsmässige Ausbildung der gesetzgebenden Gewalt folgte dann im Interesse der Bindung der Verwaltung an das Gesetz deren Funktionalisierung zum Gesetzesvollzug. Zum Schutze der individuellen Rechte gegenüber der Verwaltung wurde dann der verselbständigte Bereich der Verwaltung seinerseits in einen Rechts- und einen Nichtrechtsbereich (gebundene und freie Verwaltung) gespalten. Diese Entwicklung führte schliesslich zur Ausbildung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die in Österreich den speziellen Anlass ⁹⁾ für die bis heute andauernde Ermessensdiskussion bot.

Diese Ermessensdiskussion wurzelte vor allem noch in einem geschichtlichen Vorstellungsbild, das die Stellung der Verwaltung gegenüber dem Gesetz in einem ganz anderen Licht erscheinen liess als etwa diejenige des Richters zum Gesetz. Die bekannte Stahlische Konzeption, das Gesetz sei lediglich die äussere Schranke der dem Gemeinwohl dienenden Tätigkeit der Verwaltung, während es für den Richter Inhalt und alleinige

4) Zum Zusammenhang zwischen Ermessen bzw. Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. Ule in Jellinek - Festschrift, S. 309 ff., S. 314 sowie die Berichte von Scholz und Schmidt-Assmann in VVDStRL 34, 1976, S. 145 ff., S. 221 ff.

5) v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 21.

6) Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 7 ff.

7) Rupp, Grundfragen, S. 177 ff.

8) so David Georg Strubens Umschreibung der Regierungssachen; zitiert bei Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 8 Fn. 2.

9) Ausgangspunkt des Streites war § 3 des Gesetzes über den österreichischen Verwaltungsgerichtshof v. 28.10.1875. Nach § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes konnte sich jedermann mit der Behauptung durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung in seinen Rechten verletzt zu sein, an den Gerichtshof wenden. Nach § 3 lit. e waren aber Angelegenheiten, "in denen und insoweit die Verwaltungsbehörde nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind" von der Zuständigkeit des Gerichts ausgenommen.

Richtschnur seiner Tätigkeit bilde,¹⁰⁾ setzte die Handlungsfreiheit des Monarchen voraus und begrenzte sie nur nachträglich durch Gesetze.¹¹⁾ Die damit dem Monarchen zugestandene Kompetenzpräsumption¹²⁾ bedeutete, dass dem Monarchen und damit letztlich der Exekutive alle diejenigen Befugnisse zustanden, welche ihnen nicht ausdrücklich durch die Begründung von Zuständigkeiten anderer Organe verweigert worden waren.¹³⁾ Dieser Restraum freier Tätigkeit, der als Innenraum des Staates (richtig: der Exekutive) im Gegensatz zum geschützten Innenraum der Gesellschaft stand, fand seine rechtstheoretische Begründung in der auf Stahl zurückgehenden Schrankenlehre.

Diese historische Basis der Ermessensdiskussion erforderte deswegen eine so ausführliche Darstellung, weil Scheuner¹⁴⁾ und neuestens Rupp¹⁵⁾ und Soell¹⁶⁾ der traditionellen Ermessenslehre vorwerfen, noch heute bewusst oder unbewusst die Stahlsche Konzeption zugrunde zu legen und dementsprechend die mit Gesetzesanwendung identifizierte Rechtsprechung mit dem Verwaltungsermessen zu konfrontieren.

In der Tat zieht sich die Gegenüberstellung richterlicher Rechtsgebundenheit und verwaltungsmässiger Ermessensfreiheit¹⁷⁾ wie ein roter Faden durch die Ermessensdiskussion. Recht deutlich kommt dies zum Ausdruck, wenn von Laun davon spricht, dass bei der Ausübung freien Ermessens die Behörden ermächtigt würden, ihren Willen - "gewissermassen ein Ge-

10) Die entsprechende Stelle bei Stahl, Die Philosophie des Rechts, 2. Band, 2. Abt., 4. Buch, S. 609 lautet: "Gerechtigkeit muss zwar in allen Gebieten beachtet werden, im Gebiete der Verfassung wie der Justiz; aber in dem einen ist sie bloss die Schranke, in dem anderen ist sie das positive, das einzige Ziel."

11) Vgl. Rupp, Grundfragen, S. 178.

12) hierzu: Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 67 f., zu Stahls Souveränitätslehre Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 78 ff.

13) Aus diesem sog. "monarchischen Prinzip" folgte, dass der Monarch im Zweifelsfall die Vermutung der Berechtigung für sich hatte; vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 88.

14) Scheuner, VA 33, 1928, S. 68 ff., S. 70 f. wendet sich gegen die materielle Auffassung von der Verwaltung als "ihrem Wesen nach freie Tätigkeit im Rahmen der Staatszwecke."

15) Rupp, Grundfragen, S. 178 ff.

16) Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 73 ff.

17) wovon Forstthoff, Verwaltungsrecht, S. 5 sagt, dass dieses Unterscheidungsmerkmal schon immer nur als Grundsatz cum grano salis gegolten habe. Andererseits stellt aber Forstthoff aaO., S. 8, Verwaltung als "kontinuierliche Gestaltung in die Zukunft hinein" der Rechtsprechung, "die sich in Akten der Rechtserkenntnis vollzieht und erschöpft," gegenüber.

setzgeber im kleinen" ¹⁸⁾ - an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen, während der Richter nur das auszuführen habe, was als Gesetzeswillen zu ermitteln sei, ohne Rücksicht darauf, was er selbst für billig oder zweckmäßig halte. ¹⁹⁾ Ihren vorläufigen Abschluss findet diese Entwicklung bei Walter Jellinek, der das Wesen des Ermessens in der Freiheit vom gesetzlichen Vorstellungsinhalt sieht. ²⁰⁾ Jellinek erweitert die Ansicht Bernatziks, der Ermessen durch die mangelnde Objektivierbarkeit der tatsächlichen Prämissen für die zu ziehende Rechtsfolge charakterisiert hatte, ²¹⁾ dahingehend, dass auch die Rechtsfolge selbst unbestimmt sein kann. Sitz des Ermessens wird der unbestimmte Rechtsbegriff, ²²⁾ der neben einem bejahenden und einem verneinenden Urteil auch das Grenzgebiet des problematischen Urteils ²³⁾ (= Ermessensbereich) beinhaltet.

Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ist es Flume, ²⁴⁾ der die moderne Diskussion über das Handlungs- bzw. Verhaltenseressen der Verwaltung

18) v. Laun, Zur Lehre vom freien Ermessen, S. 10; ähnlich ders., Das freie Ermessen, S. 66: "was die Behörde für das öffentliche Interesse hält, ist im Rechtssinne das öffentliche Interesse."

19) Das freie Ermessen, S. 56. Launs Unterscheidung zwischen gebundenem und freiem Ermessen wurde bereits von Fleiner, Institutionen, S. 258 Fn 59 wegen nur graduellen Unterschied abgelehnt; ebenso Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 84 Fn 5: das gebundene Ermessen ist "auslegende Rechtsanwendung".

Neuestens wird der Begriff des gebundenen Ermessens wieder von Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 141 verwendet, um damit zum Ausdruck zu bringen, dass Ermessen nur eine "spezifische Methode der Rechtsverwirklichung" ist.

20) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 119.

21) Bernatzik hatte in seiner 1886 erschienenen Studie, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft, S. 36 ff. der Verwaltungsbehörde ein Recht zur Letzterkenntnis einräumt. Dieses Recht ergebe sich daraus, dass der logische Schluss von einem gegebenen Tatbestand auf die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm auf Grund der Kompliziertheit der tatsächlichen Prämissen jenseits einer bestimmten Kontrollmöglichkeit objektiv nicht mehr kontrollierbar sei. Dem Gesetz wird daher im Ermessensbereich nur die Funktion eines subjektiven Verhaltensmassstabs zuerkannt, was heute noch im Begriff des pflichtgemässen Ermessens nachwirkt.

22) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 32 definiert Ermessen deswegen als die "individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs innerhalb seiner beiden äusseren Grenzen".

23) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitsprinzip, S. 37 bringt folgendes Beispiel: 50 Zigeuner sind sicher eine Horde, einer alleine nie; wo liegt aber die Grenze zwischen beiden Zahlen.

24) Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung, Smend-Festschrift, S. 59 ff.

einleitet und dessen Thesen in der Folge einen erheblichen Einfluss ausgeübt haben.²⁵⁾ Ausgehend von den spezifischen Funktionen der Verwaltung will Flume auf deren strukturell andere Stellung zur Rechtsordnung auf dem Gebiet des Ermessens schliessen. Das "aktive Handeln der Behörde nach eigener Initiative" (sog. Handlungsermessen) wird entsprechend den beiden Normkategorien mit der "blossenen Feststellung dessen, was Rechtsens ist" (sog. Urteilsermessen) konfrontiert. "Handeln nach eigener Initiative" könne gerichtlich nicht kontrolliert werden, soweit es sich innerhalb des nach Zuständigkeit, Mitteln und Umfang begrenzten Spielraums halte. Dieses Handeln kraft eigener Initiative setzt aber entsprechend der zivilistischen Handlungsfreiheit, die zum Vergleich angezogen wird, eine Autonomie der Verwaltung voraus, die Flume²⁶⁾ nur durch ausdrückliche Bezugnahme auf die Stahlsche Schrankentheorie legitimieren kann.²⁷⁾

3.1.2. Gesetzesmässigkeitsprinzip: streng normative Ansicht

Die Konstruktion des Ermessens als eines rechtsfreien Innenraumes exekutivischer Willensbildung war aber nur dann mit dem Gesetzesmässigkeitsprinzip vereinbar, wenn man hierunter ausnahmslos nur verstand, "dass die Verwaltung nicht gegen das Gesetz verstossen darf."²⁸⁾ Kritische Einwände gegen solche formell-rechtsstaatlichen Gedankengänge, in denen das Gesetzesmässigkeitsprinzip nur als Grundsatz "formaler Gesetzesbezogenheit administrativer Tätigkeit"²⁹⁾ erscheint, wurden frühzeitig von Scheuner³⁰⁾ und heute wieder von Bettermann³¹⁾ und Rupp³²⁾ erhoben.

25) Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 82; Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 25 f.

26) Smend-Festschrift, S. 77 f.

27) aaO., S. 76. Ähnlich begründet Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, S. 14 f. die Verwaltungsautonomie durch Bezugnahme auf Georg Jellineks Staatsfunktionenlehre.

28) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 141 zu Art. 20 GG; kritisch hierzu ("Ignorierung der geschichtlichen Entwicklung") Rupp, Grundfragen, S. 181 Fn. 251.

29) Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 65.

30) Scheuner, VA 33, 1928, S. 68 ff.

31) Bettermann, Der Staat 1, 1962, S. 79 ff.

32) Rupp, Grundfragen, S. 177 ff.

ebenso: Lohmann, Die Zweckmässigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, S. 60 ff.; Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, S. 149 ff.; Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 106 ff.; Schmidt-Eichstaedt, Ermessen, Beurteilungsspielraum, und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, ABR 98, 1973, S. 173 ff., S. 179 f.

Die letztgenannten Autoren unterscheiden sich allerdings in ihrer Ansicht über den Vorgang der Rechtsanwendung vollständig von Rupp.

Mit dem materiellen Rechtsstaatsbegriff, der zum Zwecke der Bindung aller staatlichen Macht die verwaltende wie die rechtsprechende Funktion allseitig und durchgängig normiere,³³⁾ sei eine rechtsfreie Ermessenssphäre unvereinbar. Daraus folge aber auch, dass es dem Gesetzgeber verwehrt sein müsse, Geltung und Anwendung seiner Rechtssätze in der Form zur Disposition der Exekutive zu stellen, dass er sie zur Entscheidung über die Anwendung der Norm bei gleichem Sachverhalt ermächtige. Denn in diesem Fall würde, wie Bettermann darlegt, "nicht das Gesetz, sondern die Verwaltungsbehörde oder doch nicht nur das Gesetz, sondern auch die Verwaltung" herrschen.³⁴⁾ Vom Gesetzmässigkeitsprinzip her kommt daher diese Lehre zu einem nur graduellen Unterschied zwischen Ermessen und gesetzlicher Gebundenheit, der darin besteht, dass bei Vorliegen von Ermessen besondere Auslegungsschwierigkeiten bestehen. Rechtsmethodisch wird dieses Ergebnis dadurch abgesichert, dass Ermessen als "eine vom Gesetz offen gehaltene Generalklausel" verstanden wird, die es mittels eines teleologisch-topisch orientierten Erkenntnisverfahrens auf den Einzelfall anzuwenden gilt.³⁵⁾

Insbesondere wegen ihrer Konsequenzen, einer völligen, nur durch den richterlichen Takt³⁶⁾ begrenzten Gerichtskontrolle aller Verwaltungstätigkeit vermochte sich diese Theorie von der Gerichtsunterworfenheit³⁷⁾ der Verwaltung nicht durchzusetzen. Demgegenüber wurde in Rechtsprechung³⁸⁾ und Lehre³⁹⁾ der Rechtsgedanke des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu einem allgemeinen Grundsatz für die gesetzliche Ermächtigung der

33) Scheuner, VA 33, 1928, S. 70 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 6; ders., Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, S. 229 ff., S. 250: "Der Rechtsstaat verkörpert in sich den Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers und die Mässigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung."

34) Bettermann, Der Staat 1, 1962, S. 82 f.

35) Rupp, Grundfragen, S. 212. Ein solches Erkenntnisverfahren setzt nur das Vorhandensein gültiger Rechtsregeln voraus, die "wirkliche Ansatzpunkte zu liefern in der Lage sind." (S. 194 Fn. 288).

36) Rupp, Grundfragen, S. 212, S. 220 (unter Bezugnahme auf Erich Kaufmann). Ähnlich Georg Waltner, Die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen, S. 330 ff., der das Problem unter Verweis auf die freie richterliche Beweiswürdigung zu lösen versucht.

37) Ausdruck nach Schmidt-Salzer, VA 60, 1969, S. 261 ff., S. 266, der dieser Theorie die Lehre von der "Eigenständigkeit der Verwaltung" gegenüberstellt.

38) Erstmals BayVerfGH, Entscheidung v. 27.11.1948 - Vf. - VI - 47 - BayVGh (n.F.) 1/II, S. 81 ff., S. 91.

39) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 22 zu Art. 80 GG; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 218 ff.; v. Mangoldt-Klein, GG, Band III, Anm. XIII 3 zu Art. 80 GG, S. 1962 (mit zahlreichen Belegen aus der RSpr.); Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 159 ff.

Verwaltung zu Eingriffen in die Individualsphäre weiterentwickelt.⁴⁰⁾ So fordert das Bundesverfassungsgericht,⁴¹⁾ "dass auch Ermächtigungen der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte durch das ermächtigende Gesetz nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmass hinreichend bestimmt und begrenzt sind, so dass die Eingriffe messbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden". In diesem Beschluss zur Zulässigkeit des § 2 Preisgesetzes lässt das BVerfG erkennen, dass es genüge, wenn Inhalt, Zweck und Ausmass der Ermächtigung auf interpretativem Wege ermittelt werden können. Letzten Endes soll es den rechtsstaatlichen Voraussetzungen genügen, wenn das Ziel der gesetzlichen Regelung feststellbar ist und wenn der Wortlaut einen Anhaltspunkt gibt, "welches Programm verwirklicht werden soll".⁴²⁾

Hieraus ergibt sich, dass jede Ermessenseinräumung und -ausübung im Hinblick auf das Gesetzesmässigkeitsprinzip zweckgebunden, also der gesetzlichen Maxime subordiniert ist. Allgemeine Übereinstimmung besteht heute, dass Ermessen nur "ein spezifischer Modus des Gesetzesvollzugs"⁴³⁾ ist,

40) hiergegen Rupp, Grundfragen, S. 182 ff., S. 203 ff.; die Anwendung des Rechtsgedankens aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG bezeichnet Rupp als "rechtstechnischen Kunstgriff", um der Exekutive weitere Reservate zu erhalten. Das Recht könne nicht kraft seiner rechtlichen Geltung zum Betreten "rechtsleerer Räume" ermächtigen. (Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, S. 24, charakterisiert dieses Konglomerat von Bindung und Bindungslosigkeit als "Doppelfunktionalität" der Ermessensnormen). Methodisch sei eine Gesetzesanalogie nur auf der Basis der Stufenlehre erlaubt, da Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG eine Normsetzungsermächtigung enthalte; in der Sache wolle die RSpr. nur Ermächtigungen zum Normvollzug zulassen, wofür aber, da dies nur Rechtskonkretisierung sei, keine besondere Ermächtigung erforderlich sei.

41) BVerfG Beschl. vom 12.11.1958 - 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 - BVerfG E 8, S. 274 ff., S. 325.

42) aaO., S. 307.

43) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 314. Die Gesetzesakzessorietät wird in allen neueren Darstellungen mehr oder weniger stark betont. Vgl. z.B. Forsthoff Verw.R. S. 97: "Die Pflichtgebundenheit der Verwaltung ist mit dem Rechtsstaat selbstverständlich gegeben." Das Wesen gesetzgebundenen Ermessens wird am besten von Esser, Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, S. 16 umschrieben; Ermessen "darf nie im Sinne einer persönlichen Wertung frei sein, auch wenn keine vorgegebenen Standards zur Verfügung stehen, sondern nur die Gesichtspunkte der gesetzgeberischen Ziele bei der Anweisung zur Vermeidung von Härten oder zur Erzielung einer billigen Lösung. Zweckmässigkeitsgesichtspunkte sind in dieser Funktion nichts anderes als Gerechtigkeitsfaktoren, und für sie bildet der Gesetzeszweck im Rahmen der vom Rechtssystem integrierten Wertungen eine verbindliche Bewertungsgrundlage".

die Ermessensausübung eine gesetzesakzessorische Tätigkeit darstellt. Die Ermessensdiskussion hat sich letztlich auf die Frage reduziert, ob es bei der Ermessensausübung noch einen Restbereich subjektiven Fürsichthaltens gibt, in den neben heteronom-teleologischen Determinanten auch metajuristische-autonome Maßstäbe und Gesichtspunkte einströmen.⁴⁴⁾ Anders ausgedrückt lautet das Problem: Gibt es bei der Ermessensausübung noch einen Entscheidungs-bereich, in welchem dem Gesetz nur negativ-beschränkende Wirkung zukommt?

3.1.3. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum

3.1.3.1. Allgemeine Problematik

Die Frontstellung des Gesetzesmässigkeitsbegriffs gegen den Ermessens-begriff der traditionellen Lehre führte - insbesondere auf Grund eines durch die Willkür des Dritten Reiches⁴⁵⁾ geschärften Rechtsbewusstseins⁴⁶⁾ -

44) Vgl. die Strukturanalyse bei Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 321 f. Dieser Rest an traditioneller Doktrin ist ebenfalls für die herrschende Meinung typisch. Vgl. z.B. Bachof JZ 1962, S. 701 ff., S. 704 (Nr. 108): "dieser Raum (scil. der Ermessensspielraum) ist zwar durch rechtliche Grenzen abgesteckt, innerhalb dieser Grenzen ist die Behörde aber tatsächlich frei".

45) Rupp, Grundfragen, S. 215 Fn. 362 begründet mit den Nachwirkungen des Dritten Reiches die Feststellung von Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff S. 12, Ossenbühl, Grundgesetz und Verwaltungsvorschriften, S. 311 Fn. 123, dass unsere Literatur in den letzten 100 Jahren nicht über F.F. Mayers Ermessenslehre hinausgekommen sei.

F.F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862, S. 453 ff., S. 461 hatte die Ermessensausübung in folgender Hinsicht der Rechtskontrolle unterstellt:

- " a) ob die gesetzlich vorgeschriebenen rechtssichernden Formen beachtet;
- b) ob bestimmte materielle Vorschriften, die etwa dabei bestehen, wie auch die allgemein verfassungsmässigen Regeln für die Ausübung der Hoheitsrechte eingehalten sind;
- c) ob ausserdem die Verwaltungsbehörde sich innerhalb der Grenzen ihres Ermessens gehalten habe, als dessen Überschreitung es zu erkennen wäre,
 - aa) wenn offenbare oder erwiesene, notwendig auf die Entscheidung einwirkende Tatsachen überhaupt nicht gewürdigt wären;
 - bb) wenn die Entscheidung auf fremdartige, nicht zur Sache gehörige Motive gestützt würde;
 - cc) wenn sie zu einem offenbaren Missverständnis führen würde, wenn namentlich einer öffentlichen Verpflichtung im einzelnen Fall eine solche Ausdehnung gegeben werden wollte, welche offenbar über das reale Bedürfnis hinausgeht oder als zwecklos sich darstellt."

46) Typisch hierfür W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Nachtrag S. 7, der wegen des "gesteigerten rechtsstaatlichen Bewusstseins" alle unbestimmten Gesetzesbegriffe zu voll überprüfbaren Rechtsbegriffen erklärt.

zur Ausgrenzung der unbestimmten Rechtsbegriffe aus dem bis dahin einheitlichen Ermessensbegriff. Für den Bereich des Ermessens, das auf den Rechtsfolgeteil derjenigen Normen, die eine Wahlmöglichkeit unter mehreren Arten des Sichverhaltens eröffnen, beschränkt wurde, verblieb man auf dem Boden der traditionellen Ermessenslehre, wonach jede Lösung der Verwaltung mit Massgeblichkeit ausgestattet sein soll. Der unbestimmte Rechtsbegriff,⁴⁷⁾ der noch bei Jellinek ebenfalls Sitz des Ermessens war, wird zum Auslegungsproblem, bei dem der Verwaltung allenfalls ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Das bisherige Problem der Abgrenzung der Ermessensbegriffe wird damit dahingehend umformuliert, wann ein unbestimmter Begriff ein "unbestimmter Rechtsbegriff" ist. Bezeichnete der Ermessensbegriff die Grenzlinie in der Auseinandersetzung um Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, so erscheint die juristische Rechtsfertigung eines Beurteilungsspielraumes⁴⁸⁾ in erster Linie als ein erkenntnistheoretisches Problem. Der Übergang vom Ermessensspielraum zum Beurteilungsspielraum, der in praxi, sieht man einmal von dem Anwachsen gerichtlicher Kontrollbefugnisse ab, keine Veränderung in der Handhabung solcher unbestimmter Begriffe brachte, wurde daher "unausgesprochen als Etikettenschwindel"⁴⁹⁾ aufgefasst.

47) Zur Problematik dieser Terminologie vgl. E. Wolf, NJW 1961, S. 8 ff. Richtigerweise würde man vom unbestimmten Gesetzesbegriff sprechen; vgl. Reg. Entwurf § 114 a EVGO (BT-Drucksache, 2. Wahlperiode Nr 462) zitiert bei Bachof, JZ 1955, S. 97; Menger, Der Schutz der Grundrechte, in: Die Grundrechte Band III 12, S. 75.

Auch der Ausdruck "unbestimmter Rechtsbegriff" wird, worauf Jesch AöR 82, 1957, S. 163 ff., S. 166 f. hinweist, nicht einheitlich verwendet. Gelegentlich spricht man auch von dehnbaren, allgemeinen, weitgefassten, elastischen oder Typenbegriffen.

48) Der Ausdruck wird von Bachof, JZ 1955, S. 97 ff., S. 98 (li. Sp.) als Ersatz für das "Beurteilungsermessen" vorgeschlagen und erstmals vom BVerwGE 5, S. 153 aufgegriffen.

49) Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 618 ff., S. 620; Hüttl, Zur Auslegung des Rechts, besonders des öffentlichen Rechts, DVBl. 1965, S. 61 ff., S. 66 charakterisiert den Beurteilungsspielraum als "nichts anderes als ein modifiziertes oder abgeschwächtes Ermessen der Verwaltung". Nach Rüdiger Klein, AöR 82, 1957, S. 106 feiert im Beurteilungsspielraum das Urteilsermessen in neuer Gewandung "fröhliche Urständ".

Ebenfalls kritisch Redeker, DöV 1971, S. 757 ff., S. 761.

Allen zur Justiziabilität der unbestimmten Begriffe dogmatisch teilweise sehr unterschiedlichen Ansichten ist die Erkenntnis gemeinsam, dass "unbestimmt" im Sinne von Mehrdeutigkeit fast alle Rechtsbegriffe sind. Auch der unbestimmte Rechtsbegriff erlaube nur eine Aussage, deren Konkretheit nur relativ sei. Wegen dieser Relativität der Bestimmtheit wird daher nur noch ein gradueller, quantitativer Unterschied zum bestimmten Begriff anerkannt. Die Jellineksche These von der Doppeldeutigkeit des unbestimmten Begriffs im Verwaltungsrecht, wonach die Verwendung eines unbestimmten Begriffs im Tatbestand einer Norm die Verwaltung rechtlich binden oder aber sie zu einer Ermessensentscheidung ermächtigen könne, müsse "dem Gesetzgeber unterstellen, dass er die Verwaltung durch den unbestimmten - aber bestimmbaren - Begriff zwar binden, im gleichen Atemzug aber von einer solchen Bindung habe freistellen wollen. Das ist nicht nur ein rechtslogischer Widerspruch, sondern auch eine verfassungsrechtliche Unmöglichkeit". 50)

Das eigentliche Problem der neuen Lehre ist aber das, ob und unter welchen Voraussetzungen der unbestimmte Rechtsbegriff "der rechtsanwendenden Behörde einen Spielraum der Sachverhaltsbeurteilung überlässt, bei dessen Einhaltung die auf diese Beurteilung gestützte Entscheidung - sonstige Fehlerfreiheit vorausgesetzt - als rechtmässig zu gelten hat". 51) Zur Begründung dieses Beurteilungsspielraums werden mehrere dogmatisch sehr unterschiedliche Ansichten vertreten.

50) Ule in Festschrift für Jellinek, S. 309 ff., S. 312. Reuss, auf den sich Bachof, JZ 55, 97 ff., 98 ausdrücklich bezieht, sah in der Anwendung des unbestimmten Begriffs auf den konkreten Fall einen actus cognoscendi, mittels dessen die präexistente Lösung gefunden wird. Daraus folgt, dass "der Erkennende, der Richter oder Verwaltungsbeamte keinen willensmässigen Einfluss auf das Ergebnis des Erkennens hat oder doch jedenfalls einen solchen Einfluss willentlich nicht nehmen darf"; DVBl. 1953, S. 585 ff., S. 587. Vgl. weiterhin ders., DVBl. 1953, S. 649 ff.

Dass die Anwendung von unbestimmten Begriffen ausschliesslich ein kognitiver Vorgang ist, erscheint mir eine petitio principii zu sein, um die Heterogenität zu begründen. Wie Bachof JZ 1972, S. 641 ff., S. 642 einräumt, sollte mit JZ 55, S. 97 ff. kein "unüberbrückbarer Gegensatz von Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgeermessen im Sinne zweier trennscharf gegeneinander abgrenzbarer Kategorien" behauptet werden. Eben dies wurde aber gerade durch die Schaffung einer neuen Nomenklatur, die alsbald ein Eigenleben zu führen begann, präjudiziert.

51) Bachof JZ 1955, S. 97 ff., S. 98.

3.1.3.2. Bachof

Bachof ⁵²⁾ trennt zwischen dem Handlungsermessen der Verwaltung und der subsumierenden Beurteilung eines Sachverhalts. Da der erstere ein Willensakt, letzteres aber ein Erkenntnisvorgang sei, müssten sie infolge ihrer qualitativen Verschiedenheit auch begrifflich geschieden werden. Mit der Qualifizierung des unbestimmten Begriffes als Rechtsbegriff sei aber nicht gleichzeitig die volle richterliche Überprüfung gegeben. Ob ein Sachverhalt objektiv unter einen bestimmten Rechtsbegriff falle, oder ob die Verwaltung "subjektiv einen Schaverhalt bei pflichtmässiger Beurteilung unter einen Tatbestand subsumieren darf", seien jeweils zwei Rechtsfragen. Feststellung der der Sachverhaltsbeurteilung zugrunde liegenden Tatsachen und Auslegung eines unbestimmten Begriffes seien immer gerichtlich voll überprüfbar, während dies für die Subsumtion nur bedingt zutreffe. ⁵³⁾

Nach Bachof lassen sich zwei Gruppen ermitteln, die schon ihrem Wesen nach nicht der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegen könnten: Wertbegriffe, die auf Grund mangelnder Übereinstimmung der Rechtsgemeinschaft nicht hinreichend konkretisiert seien, und solche Erfahrungsbeurteilungen, bei denen die praktisch-konkrete Möglichkeit eindeutiger Beurteilung des dem unbestimmten Erfahrungsbegriff unterfallenden Sachverhalts gering und eine besondere Verantwortung der entscheidenden Behörde für die richtige Beurteilung und Entscheidung gegeben sei. ⁵⁴⁾ Die gerichtliche Kontrolle beschränke sich in diesen Fällen des Beurteilungsspielraums darauf, ob dessen Grenzen eingehalten werden und ob die von der Behörde vorgetragenen Tatsachen die daraus gezogenen Schlussfolgerungen bei verständiger Würdigung rechtfertigen.

Dogmatisch gesehen will Bachof damit die gerichtliche Nachprüfungsbeurteilung nicht einschränken, sondern nur ihre vernünftige Handhabung der Verantwortung der Richter anheimstellen. Der Gesichtspunkt, dass eine zweifelhafte behördliche Entscheidung nicht durch ein ebenso zweifelhaf-

52) Bachof JZ 1955, S. 97 ff.; ders. JZ 1962, S. 702 f. (Nr. 100 f.); ders. JZ 1966, S. 438 ff. (Nr. 257 ff.); ders. JZ 1972, S. 208 ff. (Urteilsanmerkung); ders. JZ 1972, S. 641 ff.

53) JZ 1955, S. 98 f.

54) Bachof JZ 1955, S. 97 ff.

tes Gerichtsurteil ersetzt werden dürfe,⁵⁵⁾ zeigt, dass Bachof letzten Endes aus einem faktischen "Kann-nicht" heraus die gerichtliche Prüfung beschränkt wissen will.

3.1.3.3. Ule

Ule⁵⁶⁾ ordnet die unbestimmten Rechtsbegriffe der vom Strafrecht her bekannten Kategorie der normativen Begriffe zu und bezieht von daher im wesentlichen den Ansatzpunkt für seine Lösung. Ule übernimmt hierzu die Lehre von Engisch, wonach der normative Begriff "seine Basis im Wertbezüglichen und damit in irgendeiner vorgegebenen Normen- und Werteordnung hat", bei dem aber schliesslich jede "noch so gut gemeinte objektivierende Erfassung von Werten und Normen ... schliesslich doch bei der relativ gültigen Eigenwertung (landet), indem z.B. auch der Anschluss an Wertungen einer bestimmten Schicht als das Optieren für diese Schicht eine persönliche Stellungnahme in sich schliesst".⁵⁷⁾ Diese normativen Straftatbestandsmerkmalen wie auch unbestimmten Verwaltungsrechtsbegriffen typische Subjektivität und Irrationalität des Urteilsaktes bedeutet daher, dass in Grenzfällen die Eigenwertung der Verwaltungsbehörde zur allein massgeblichen Beurteilung des Sachverhalts erklärt wird. Durch die begrenzte Auflösungsfähigkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe werden also mehrere Ergebnisse "vertretbar", die sich jeweils innerhalb des durch Gesetz gesteckten Rahmens halten. Die Aufgabe der Gerichte beschränkt sich hier darauf, die unbestimmten Rechtsbegriffe durch Konkretisierung der für den Syllogismus erforderlichen "Mittelbegriffe" näher zu bestimmen.

Die praktische Konsequenz hieraus wäre, dass die Massgeblichkeit der Eigenwertung in allen Teilrechtsordnungen, in denen unbestimmte Rechtsbegriffe vorkommen, also auch im Zivil- und Strafrecht zutreffen müsste. Die Verschiedenheit der Behandlung unbestimmter Rechtsbegriffe in den einzelnen Rechtsgebieten zwingt Ule daher, der Verwaltungsbehörde eine auf den besonderen Sachverstand der Behörde gegründete Sonderstellung⁵⁸⁾

55) So Jarosch, DVBl. 1954, S. 525. Ebenso Bachof JZ 1955, S. 99 (rechte Sp.). Dieses Argument besitzt jedoch keine besondere Tragfähigkeit, da Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung in allen Rechtsgebieten auftreten.

56) Ule in Festschrift für Jellinek, S. 309 ff.

57) Engisch, Festschrift für Mezger, S. 142 ff., S. 154, zitiert bei Ule aaO., S. 322 f.

58) Ule, aaO., S. 325 f.

einzuräumen. 59)

3.1.3.4. Jesch

Die methodische Untermauerung des Beurteilungsspielraumes erbrachte die rechtstheoretische Untersuchung von Jesch. 60) Jesch übernimmt von Heck 61) dessen Strukturanalyse des unbestimmten Begriffs, wonach solchen Begriffen ein ausserordentlich kleiner Kernbereich und ein im Verhältnis hierzu ungewöhnlich grosser und diffuser Begriffshof zu eigen ist. 62) Die Struktur der Rechtsbegriffe hat zugleich Einfluss auf die Stabilität und Dynamik der Rechtsordnung. 63) Der Begriffskern garantiert die Stabilität, während der Begriffshof, in dessen Bereich eine gewisse Freiheit der Rechtsfindung besteht, die Elastizität und Flexibilität der Rechtsordnung gegenüber den sich wandelnden Normsituationen bewirkt.

Das von Jesch untersuchte Verhältnis von Interpretation und Subsumtion 64) bildet den methodischen Ansatz für die Lösung des Problems. Unter Bezugnahme auf Engisch 65) und Scheuerle 66) sieht Jesch eine iterative Wechselbeziehung zwischen Interpretation und Subsumtion mit der Folge, dass jede Interpretation eine antizipierte Subsumtion und jede Subsumtion zugleich eine antizipierte Interpretation darstellt. 67) Für die Konkre-

59) Dieser "Vertretbarkeitslehre" wird mit Modifikationen auch von Haas MDR 1953, S. 651 ff.; Pietzonka NJW 1954, S. 1867 ff.; Meyer DöV 1954, S. 369 ff.; Nibler BayVBl. 1955, S. 33 ff.; Less DöV 1957, S. 424 ff. und Bender, Allg. Verwaltungsrecht, S. 121 gefolgt.

60) Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AÖR Bd. 82, 1957, S. 163 ff.; ders., Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, DöV 1956, S. 77 ff.; ders., Öffentliches Verkehrsinteresse und Berufsfreiheit, JZ 1961, S. 624 ff.; ders., Besprechung von Horst Ehmke, AÖR Bd. 86, 1962, S. 491 ff.

61) Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP Bd. 112, 1914, S. 1 ff., S. 46 f., S. 173 f.

62) Eine scharfe Glossierung der Zäsur von Begriffskern und Begriffshof als unfruchtbare Begriffsspielerei findet sich in NJW 1959, S. 711 (ohne Verfasserangabe). Allerdings hatte es sich das dort angegriffene OVG Lüneburg, DVBl. 1958, S. 837 f. bei der Übernahme der Lehre von Jesch zu einfach gemacht, indem pauschal der Begriffshof mit Beurteilungsspielraum gleichgesetzt wurde.

63) Jesch, AÖR 82, 1957, S. 163 ff., S. 173 ff.

64) aaO., S. 178 ff.

65) Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, insbesondere S. 28

66) Scheuerle, Rechtsanwendung, insbesondere S. 23.

67) Jesch, aaO., S. 189 ff.

tisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs im Hinblick auf einen bestimmten Fall muss nun zunächst festgestellt werden, an welche "metajuristischen" Begriffe der zu konkretisierende Begriff anknüpft und in welche für den Einzelfall relevanten Faktenbegriffe er aufgelöst werden kann. ⁶⁸⁾ Bei der Interpretation des Begriffskerns tauchen naturgemäss keine Schwierigkeiten auf, da sich hier gesetzgeberischer Wille, sprachliche Formulierung und unmittelbares Bedeutungsverhältnis decken. Im Bereich des Begriffshofes findet jedoch die "Ersetzung der gesetzlichen Begriffe durch bestimmte natürliche Tatsachenbegriffe" ⁶⁹⁾ wegen der Vielschichtigkeit des durch den unbestimmten Begriff angesprochenen Sachverhalts ihre praktische Grenze. Jesch illustriert dies mit einer bekannten Tatsache aus der gerichtlichen Praxis, dass viele Zeugen - besonders Polizeibeamte - dazu neigen, "ihre Beobachtungen mit den Worten des Gesetzes zu schildern: Der Angeklagte hat Widerstand geleistet; er ist Übermässig schnell gefahren usw." ⁷⁰⁾ Dies lässt sich nach Ansicht von Jesch darauf zurückführen, dass eine Unmenge nicht nennbarer Imponderabilien wie der bessere Sachverstand, der reichere Erfahrungsschatz insbesondere bei Wertbegriffen eine vollständige Auflösung in beschreibende Tatsachen- und Erfahrungsbegriffe verhindert.

Das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe wird damit zum "Problem der nicht mitteilbaren Imponderabilien, der schriftlich nicht niederlegbaren intuitiven Erfassung der Gesamtsituation". ⁷¹⁾ Diese nicht mitteilbaren Imponderabilien stehen letztendlich einer für die gerichtliche Kontrolle erforderlichen Auflösungsfähigkeit in Faktenbegriffe und diesen kongruente Rechtsbegriffe ⁷²⁾ im Wege. Ebenso wie bei Ule rechtfertigt sich die dogmatische Andersbehandlung einiger unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht aus dem Gesichtspunkt des besseren Sachverstandes und reicheren Erfahrungsschatzes, der sich summarisch in

68) Scheuerle, Rechtsanwendung, S. 150: "Ein Faktum muss in Begriffen gedacht sein, weil es sonst - als Faktum - nicht erkannt ist."

69) Engisch, Logische Studien, S. 100.

70) Jesch, aaO., S. 194 ff.

71) aaO., S. 203.

72) S. 230: "Der unbestimmte Begriff wird nur zu einem Teil in Faktenbegriffe aufgelöst. Damit sind auch die tatsächlichen Feststellungen darauf beschränkt, die Existenz jener Tatsachen nachzuweisen, die in diesen Faktenbegriffen beschrieben sind. Der Restbestand an tatsächlichen Feststellungen wird summarisch durch einen allgemein gehaltenen Begriff ersetzt."

einem allgemein gehaltenen Begriff niederschlägt. Daher unterliegt auch der den Verwaltungsgerichten durch Art. 19 Abs. 4 GG erteilte Rechtsschutzauftrag einer immanenten Grenze: die unvermeidbare Tatsachendivergenz in den Fällen, in denen das Gericht den der behördlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht in vollem Umfang ermitteln kann, rechtfertigt nach dem Prinzip der Äquivalenz von Mittel und Aufgabe eine nur beschränkte Nachprüfbarkeit.⁷³⁾

3.1.3.5. Rechtsprechung

Diese "prozessrechtliche" Version der Lehre vom Beurteilungsspielraum ist in vielen neueren Urteilen übernommen worden.

Bis spät in die 50er Jahre qualifizierten die Gerichte noch Prüfungsentscheidungen, Beurteilung der dienstlichen Leistung eines Beamten oder der Interessen des öffentlichen Verkehrs als Ermessensentscheidungen und erkannten dementsprechend den Verwaltungsbehörden einen kontrollfreien Raum zu. Als markantestes Beispiel sei das Urteil des BVerwG vom 10.3.1954 zu § 9 Abs. 1 PersBefG⁷⁴⁾ genannt, worin das Gericht ausführt, die Frage, ob im Einzelfall den "Interessen des öffentlichen Verkehrs" Genüge getan sei, richte sich nach verkehrspolitischen und verkehrswirtschaftlichen Gesichtspunkten und sei daher als Ermessensentscheidung der gerichtlichen Kontrolle entzogen. Oder aber das BVerwG lässt es einfach dahingestellt sein, ob von Ermessensfreiheit oder von Beurteilungsspielraum gesprochen werden soll; eine dahingehende Differenzierung lohne nicht.⁷⁵⁾ Schliesslich aber anerkennt die Rechtsprechung in beschränktem Umfang das Vorliegen einer Beurteilungsermächtigung, auf Grund derer der Verwaltungsbehörde hinsichtlich der Subsumtion des Sachverhalts unter einen unbestimmten Rechtsbegriff ein gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum eingeräumt wird.⁷⁶⁾ Jedoch will das

73) aaO., S. 241 ff.

74) BVerwG-Urteil vom 10.3.1954 - I C 5.53 - JZ 54, S. 575 ff. = DVB1. 1954, S. 501 ff. = DöV 1954, S. 532 ff. = NJW 54, S. 1054 ff.

75) BVerwG-Urteil v. 11.10.1956 - I C 179.54 - BVerwG E 4, S. 89 ff., S. 92; BVerwG-Urteil v. 24.4.1959 - VII C 104.58 - BVerwG E 8, S. 272 ff., S. 275; BVerwG-Urteil v. 30.10.1959 - VII C 19.59 - BVerwG E 9, S. 284 ff., S. 288.

76) BVerwG-Urteil v. 13.5.1965 - II C 146.62 - BVerwG E 21, S. 127 ff., S. 130; BVerwG-Urteil v. 22.4.1966 - IV C 120.65 - BVerwG E 24, S. 60 ff., S. 64; BVerwG-Urteil v. 23.11.1966 - VI C 94.63 - BVerwG ZBR 1967, S. 146 f., S. 147; BVerwG-Urteil v. 12.1.1967 - II C 86.63 - BVerwG E 26, S. 8 ff., S. 11; BVerwG-Urteil v. 25.1.1967 - IV C 58.65 - BVerwG E 26, S. 65 ff., S. 74.

BVerwG nur in Ausnahmefällen einen Beurteilungsspielraum für verfassungsrechtlich unbedenklich erklären, wie es in der Feststellung zum Ausdruck kommt, "dass eine verallgemeinernde Betrachtungsweise bei den unbestimmten Rechtsbegriffen fehl am Platze" sei und dass es erforderlich sei, "aus der Eigenständigkeit des betr. Sachgebiets, also aus der Natur der Sache, jeweils die Grenzen zu ermitteln, welche der Nachprüfung eines unbestimmten Rechtsbegriffs gesetzt werden müssen." ⁷⁷⁾ Aus der erkenntnistheoretischen Unzulänglichkeit der wertenden Begriffe will aber das BVerwG keine generalisierenden Folgerungen ziehen, da sonst "für sämtliche Begriffe aus dem geistig-seelischen Bereich den Behörden ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden" müsste. ⁷⁸⁾

In Verfolgung dieser Grundsätze setzt sich in der Judikatur eine typologisierende Handhabung des Beurteilungsspielraums der Verwaltung durch, demzufolge eine Ausnahme von der Regel der vollen Nachprüfbarkeit nur bei Prüfungs- und Versetzungsentscheidungen im Schulbereich ("höchstpersönliche Werturteile") ⁷⁹⁾ sowie bei dienstlichen Befähigungsbeurteilungen im Beamtenrecht ⁸⁰⁾ gegeben ist. Diese Reduzierung des Beurteilungsspielraums mit der Folge völliger Justiziabilität aller übrigen unbestimmten Rechtsbegriffe wird getragen von der "Behauptung", ⁸¹⁾ nach der vom Gesetz getroffenen Regelung könne es nicht mehrere richtige Entscheidungen, "sondern nur eine richtige Entscheidung geben." ⁸²⁾

Allerdings wurde diese Rechtssprechung - wohl wegen der praktischen

77) BVerwG-Urteil v. 18.1.1963 - VII C 106.61 - DVBl. 1963, S. 366 ff., S. 367.

78) BVerwG-Urteil v. 28.5.1965 - VII C 125.63 - DVBl. 1965, S. 914 ff., S. 916.

79) Als Beispiele seien genannt:

BVerwG-Urteil v. 28.5.1963 - I C 247.58 - E 16, S. 116 ("Notwendigkeit" der Versagung einer Zustimmung nach BFernStrG); Urteil v. 30.8.1963 - VI C 178.61 - E 16, S. 285 ff. ("nicht zu erwartende" Polizeidienstverwendungsfähigkeit); BVerwG-Urteil v. 26.9.1963 - VIII C 123.63 - E 17, S. 5 ff. ("ernstliche Gefährdung der militärischen Ordnung"); BVerwG-Urteil v. 31.1.1964 - VII C 65.62 - E 18, S. 40 ff. ("Bedürfnis für Schulschliessung"); BVerwG-Urteil v. 29.4.1964 - I C 30.62 - BVerwG E 18, S. 247 ff. ("öffentliche Belange" gem. § 35 Abs. 2 BBauG); BVerwG-Urteil v. 22.5.1964 - VII C 13.64 - BVerwG E 18, S. 305 ff. ("Zuverlässigkeit" im Gewerbebereich).

80) BVerwG-Urteil v. 25.1.1967 - IV C 58.65 - E 26, S. 65 ff., S. 76; BVerwG-Urteil v. 19.3.1969 - VI C 54.64 - E 31, S. 345 ff., S. 358

81) Bachof JZ 1972, S. 208.

82) BVerwG Vorlagebeschluss v. 13.2.1970 - VII C 75.66 - BVerwG E 35, S. 69 ff. = JZ 1972, S. 222.

Auswirkungen - nicht vollständig durchgehalten. So wurde beispielsweise der Beurteilungsspielraum auch dann, wenn er hinsichtlich des gesetzlichen Begriffes verneint wurde, für einen einzelnen begriffsrelevanten "Faktor" anerkannt.⁸³⁾ Oder ein unbestimmter Rechtsbegriff wurde als Ermächtigung zu einer im wesentlichen unüberprüfbaren Billigkeitsentscheidung gedeutet.

Durch das Urteil des I. Senats des BVerwG über die Indizierung von Schriften nach dem Gesetz zur Bewahrung der Jugend vor Schund- und Schmutzschriften,⁸⁴⁾ dem ein Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Ge-

83) Vgl. BVerwG-Urteil v. 25.1.1967 - IV C 58.65 - E 26, S. 65 ff., S. 70 f., wo ein Beurteilungsspielraum beim unbestimmten Rechtsbegriff der "dienstlichen Bedürfnisse" zwar abgelehnt wird, aber der das dienstliche Bedürfnis mitbestimmende "Faktor Eignung" mit einem Beurteilungsspielraum versehen wird.

Hieraus entwickelte Hugo Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, S. 572 ff.; ders., Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963, S. 418 ff.; ders., Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis, NJW 1966, S. 857 ff.; ders., Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 1969, S. 309 ff.; ders., Besprechung von Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, NJW 1968, 1921 die von ihm sogenannte Faktorenlehre, wonach sich auch bei voll überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriffen Prüfungsschranken von der Vorstufe her ergeben. Danach erstreckt sich die gerichtliche Kontrolle unbestimmter Rechtsbegriffe auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein aller "Faktoren", die für die Konkretisierung des Begriffs im Einzelfall Bedeutung zu erlangen vermögen. Grundsätzlich erschöpft sich die gerichtliche Überprüfung in der Feststellung ihres Vorhandenseins und in der Würdigung ihrer Bedeutung. Im Bereich des verwaltungspolitischen Ermessens ("öffentliches Interesse", "öffentliche Belange", "geordnete städtebauliche Entwicklung", "dienstliche Belange" für die Versetzung von Beamten) erfährt der unbestimmte Begriff durch die Behörde selbst "in seinem Vorfeld" die entscheidende Prägung. So soll die Überprüfung des "dienstlichen Bedürfnisses" bald darauf stossen, dass "das dienstliche Bedürfnis entscheidend geprägt ist durch den vom Dienstherrn selbst nach dessen Ermessen gestalteten Dienstbetrieb" (NJW 1966, S. 863). Die Gestaltungsfreiheit der Behörde vorausgesetzt wird damit letzten Endes durch das Durchschlagen verwaltungspolitischen Ermessens auf die Konkretisierung unbestimmter Begriffe eben die verteidigte Unterscheidung beider Kategorien aufgegeben.

84) BVerwG-Urteil v. 16.12.1971 - I C 31.68 - BVerwG E 39, S. 197 ff. = JZ 1972, S. 204 ff. (mit Anm. Bachof) = NJW 1972, S. 596 ff. = MDR 1972, S. 540 ff. = DVBl. 1972, S. 388 ff.

richtshöfe des Bundes zu § 131 AO a.F. (§ 227 AO 1977)⁸⁵⁾ vorausgegangen war, erlitt die bisherige Rechtssprechung zum Beurteilungsspielraum einen gewissen Bruch.⁸⁶⁾ Dieses Urteil erklärt die Ansicht, dass bei der Verwendung des Begriffes der "Eignung zur Jugendgefährdung" nur eine richtige Lösung möglich sei, zur Fiktion. Von der Sache her sei nämlich "eine Bandbreite der Entscheidungsmöglichkeiten denkbar", "die das Recht in gleicher Weise als vertretbar ansehen"⁸⁷⁾ könne.

Insgesamt dürfte das BVerwG damit weniger ein Überbordwerfen der These von der gerichtlichen Vollkontrolle unbestimmter Rechtsbegriffe im Auge gehabt haben; vielmehr dürfte in dieser Entscheidung ein neuer Typus kreiert worden sein, bei dem das BVerwG einen Beurteilungsspielraum anerkennen will. Neben die unvertretbaren Prüfungs- und Schulentscheidungen und die beamtenrechtlichen Eignungsbeurteilungen treten damit Verwaltungsakte pluralistisch-repräsentativer Gremien, deren "saldierte Gesamtentscheidung"⁸⁸⁾ wegen der inhomogenen Zusammensetzung des ent-

85) Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss v. 19.10.1971 - GmS - OBG 3/70 - BGHZ 58, S. 399 ff. = BVerwG E 39, S. 355 ff. = JZ 1972, S. 655 ff. = DVBl. 1972, S. 604 ff. = NJW 1972, S. 1411 ff.

In dieser Entscheidung wird der Begriff der "Billigkeit" als Ermessensermächtigung gedeutet, deren Inhalt und Grenzen durch den Massstab der Billigkeit bestimmt werden. Zwischen den Begriffen "unbillig" und "können" bestehe ein unlösbarer Zusammenhang, der eine gleichlautende Qualifizierung erfordere.

Vgl. zu den beiden zitierten Urteilen:

Bachof, JZ 1972, S. 208 ff., ders., Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, S. 641 ff., Erbel, "Mutmasslich jugendgefährdende" Schriften und solche "mit einem bestimmten Mass an künstlerischem Niveau", DVBl. 1973, S. 527 ff., Erichsen, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, Verw.Arch. Bd. 63, 1972, S. 377 ff., Kellner, Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum, DÖV 1972, S. 801 ff., Kloepfer, NJW 1972, S. 1411 f., H.J. Müller, NJW 1972, S. 1587 f., Ossenbühl, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DÖV 1972, S. 401 ff., Ott, Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum literarischen Jugendschutz in verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1972, S. 1219 ff., Redeker, DVBl. 1972, S. 608 f., Schmidt-Salzer, DVBl. 1972, S. 391 f., Wagenitz, DVBl. 1972, S. 392 f., Ule, DVBl. 1973, S. 90.

86) Bachof, JZ 1972, S. 208 leitet seine Rezension mit der Bemerkung ein: "Das Urteil kann fast als eine Sensation bezeichnet werden." Kellner, DÖV 1972, S. 801 ff., S. 805 f. stellt dagegen fest, dass die "Fiktionsthese" nur zum GJS entwickelt worden sei, so dass sich an der Rechtssprechung im Übrigen nichts ändern werde.

87) Hieran hat sich der Streit entzündet; vgl. Kellner, DÖV 1972, S. 804 ff.; Ossenbühl, DÖV 1972, S. 402 ff., die gleiche Schrift könne nicht sowohl jugendgefährdend als auch nicht jugendgefährdend sein.

88) So die Ausführungen Kellners auf dem Deutschen Verwaltungsrichtertag 1974. Vgl. Hierzu den Bericht von Ulich in Dokumentation zum Deutschen Verwaltungsrichtertag 1974, S. 49.

sprechenden Gremiums aus den unterschiedlichsten und gegensätzlichsten Erwägungen heraus getroffen werden dürfe und so der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht in vollem Umfang unterliegen könne.⁸⁹⁾

3.1.4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lassen sich heute innerhalb der modernen Ermessenslehre drei Hauptrichtungen feststellen: zuerst wäre hier die streng normative Ansicht zu nennen, die in Teilen auf Tezner⁹⁰⁾ zurückgeht, von Scheuner erweitert wurde und heute noch von Rupp vertreten wird. Nach dieser streng normativen Theorie besteht zwischen unbestimmten Rechts- und Ermessensbegriffen allenfalls ein quantitativer Unterschied in der Schwierigkeit der Gesetzesauslegung. Logischerweise kommt diese Lehre mit ihrer Verneinung von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen zu einem einheitlichen Ermessensbegriff. Mit genau entgegengesetzten Vorzeichen, nämlich auf dem Boden der traditionellen Ermessenslehre kommen Lerche,⁹¹⁾ Stern, Klein, Ehmke, Schmidt sowie Häberle⁹²⁾ zu einem einheitlichen, Ermessen wie unbestimmte Rechtsbegriffe umfassenden Ermessensbegriff. Nach dieser der traditionellen Lehre entsprechenden Theorie kann die Befugnis "zwischen mehreren Verhaltensweisen oder zwischen mehreren Beur-

89) Damit besteht aber die Gefahr, dass der Flucht in die Rechtsnorm (vgl. Maunz-Dürig-Herzog RdNr. 47 Fn. 2 zu Art. 3 Abs. 1 GG) die Flucht in den Gutachterausschuss folgt. Dies indiziert aber doch ein Unbehagen an der herrschenden Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG. Hierauf wird noch einzugehen sein.

90) Für eine Beschränkung des Ermessens auf die Rechtsfolgeseite der Norm schon Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, 1888, S. 29; ders., Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, Wiener Staatswissenschaftliche Studien, N.F. Bd. V, 1924, S. 69 ff. Damit wurde die unglückliche Weichenstellung zwischen Ermessen einerseits und unbestimmter Rechtsbegriff andererseits ausgelöst. Im Gegensatz zur Lehre vom Beurteilungsspielraum ist aber nach Tezner jeder Begriff - unabhängig vom Grade seiner Bestimmtheit - gerichtlich überprüfbar, da eben jeder abstrakt gefasste Rechtsbegriff nur unter Verwendung subj. Abgrenzungskriterien auf die tatsächlichen Erscheinungen des Lebens konkretisierbar sei. Unter Bezugnahme auf diese Unsicherheit bei der sonst erforderlichen Abgrenzung von unbestimmten Begriffen wird auch von Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 22 ff., S. 174 und Jöhr, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens, S. 86 argumentiert.

91) Peter Lerche, Artikel "Ermessen", in Staatslexikon, Sp. 12 ff.

92) Peter Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 620, S. 692. Der Ermessenstatbestand ist hiernach ein "versteckter Gemeinwohltypus", bei dem das einheitliche Problem öffentliches Interesse in Frage stellt.

teilungen eines Tatbestands nach eigenem Abwägen zu wählen" (Ermessen) entweder "durch Verwendung bestimmter Gesetzesbegriffe (z.B. "kann", auch "soll" = "muss nicht") eingeräumt werden oder durch Verwendung unbestimmter (= nicht genau abgrenzbarer) Gesetzesbegriffe eingeräumt werden. Wegen des prinzipiell jeder Rechtsanwendung eigenen Freiheitsspielraums soll daher nur ein quantitativer Unterschied zwischen Ermessens- und unbestimmten Rechtsbegriffen bestehen.

Nach Ansicht der ganz herrschenden, von Reuss, Bachof, Ule und Jesch begründeten Meinung sind Ermessensermächtigungen und unbestimmte Rechtsbegriffe scharf voneinander zu trennen. Beide Kategorien unterliegen infolge ihrer unterschiedlichen dogmatischen Bedeutung unterschiedlichen rechtlichen Behandlungen. Die zur Nachprüfung von Ermessensentscheidungen entwickelten Grundsätze sind im wesentlichen noch mit denen Jellineks identisch, aber völlig konträr zu den Grundsätzen, die bei der Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe zugrunde gelegt werden. Bei einigen dieser unbestimmten Rechtsbegriffe, bei den sog. Wert- und Erfahrungsbegriffen (Bachof, Menger ⁹³⁾), den normativen Begriffen (Ule), den begrenzt auflösungsfähigen (Jesch) sowie den Typenbegriffen (Wolff ⁹⁴⁾) wird der Behörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt mit der Folge, dass die gerichtliche Kontrolle auf die Einhaltung der Grenzen dieses Beurteilungsspielraums bzw. auf die Vertretbarkeit der behördlichen Entscheidung (Ule) reduziert wird. Seine rechtstheoretische Rechtfertigung findet der Beurteilungsspielraum in der nur beschränkt nachprüfaren Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter den ausgelegten Begriff bzw. in den in den Interpretation-Subsumtionsvorgang einflussenden nicht mitteilbaren Imponderabilien (Jesch). Die Ausgrenzung der unbe-

93) Christian-Friedrich Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III/2, S. 717ff.

Noch in System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 125 ff. hatte Menger die Anwendung des unbestimmten Begriffs als voll überprüfbar angesehen. In seinem späteren Werk übernimmt er uneingeschränkt die Ansicht von Bachof, JZ 1955, S. 97 ff. und kommt zum Ergebnis, dass Einschränkungen der verwaltungsgerichtlichen Kontrollfunktion gering sind.

94) H.J. Wolff, VerwR Band 1 § 31 I c. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen erstreckt sich die Bindung nur auf den in ihnen begriffenen Typus, zu dem sehr verschiedene Lebenssituationen als "Ausprägung" gehören können. Der unbestimmte Typenbegriff (Gegensatz: klassifikatorischer Begriff) charakterisiert einen Tatsachen-, Interessen- oder Wertbereich und sein Inhalt bestimmt nur diesen Bereich, nicht aber die Gegenstände dieses Bereichs. Seine Anwendung lässt daher einen Beurteilungsspielraum innerhalb der zum Typus gehörenden Sachverhalte. Ab der 7. Auflage vertritt Wolff aus Gründen des grundrechtlich gewährleisteten Rechtsschutzes dieser Auffassung nicht mehr.

stimmten Begriffe aus der gerichtlichen Kontrollkompetenz wird verfassungsrechtlich mit dem Hinweis auf Sachverstand und Erfahrungsschatz der Verwaltungsbehörde und damit aus einer Äquivalenz von Mittel und Aufgabe (Jesch) gerechtfertigt.

Dieser Überblick zeigte, dass es weder "die" Lehre vom Verwaltungsermessen noch "die" Lehre vom Beurteilungsspielraum gibt. An die Stelle einer eigenständigen Lehre vom Verwaltungsermessen, von der nun wirklich nicht mehr gesprochen werden kann ⁹⁵⁾, ist eine Fülle dogmatisch verschiedenwertiger Theorien getreten, die aber in der Praxis vielfach zu gleichen Ergebnissen führen ⁹⁶⁾. Aus diesem Grunde muss bei der Diskussion um Ermessensermächtigung und Beurteilungsspielraum zunächst einmal untersucht werden, ob diese Unterscheidung sachgerecht ist. Ausführungen zur gesetzgeberischen Motivation, zu der vielfach behaupteten funktionellen Gleichwertigkeit sowie Erörterung der sich bei der Rechtsanwendung abspielenden Vorgänge soll hierüber Aufschluss geben, wobei mittels eines Exkurses in die Entscheidungstheorie versucht werden soll, die Ergebnisse der Strukturanalyse aus einem anderen Blickwinkel abzusichern. Sollte hierbei die Entscheidung zugunsten eines einheitlichen Ermessensbegriffes fallen, müssten die sich hieraus ergebenden Folgen für eine gerichtliche Kontrollkompetenz sowie deren Umfang analysiert werden.

3.2. Vergleich von Ermessensbegriffen und unbestimmten Rechtsbegriffen

Wie in der Darstellung der Ermessensdiskussion gezeigt, findet sich in den älteren Definitionen des Ermessens noch eine sehr starke Affinität zum unbestimmten Rechtsbegriff. Die Definition von Jellinek ⁹⁷⁾ führte jedes Handeln nach freiem Ermessen "auf einen gesetzlichen Befehl mit unbestimmtem Begriff" zurück. Und neuerdings wird diese Auflösung des Ermessens in den unbestimmten Begriff wieder von Häberle damit begründet, dass in jeder Ermessensnorm eine "versteckte Verweisung auf öffent-

95) Claus Grimm, BB 1972, S. 783; eine Konsolidierung der Ermessenslehre bemerkt aber Ossenbühl, DÖV 1972, S. 401 ff., da das Thema "offensichtlich ausgeschrieben" und "neue Argumente und Erkenntnisse nicht zu verzeichnen" seien.

96) Redeker, DÖV 1971, S. 757 ff., S. 761.

97) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 36.

liche Interessen" enthalten sei ⁹⁸⁾. Auch wenn die Normativität des öffentlichen Interesses heute anerkannt ist, hindert dies nicht, in der Ermessensausübung eine Konkretisierung bestimmter öffentlicher Interessen zu sehen. Damit sind wir wieder bei der Lehre von Launs angelangt, wonach die Ausübung des Ermessens in der selbständigen Konkretisierung des unbestimmten Begriffes des "öffentlichen Interesses" besteht. ⁹⁹⁾

3.2.1. Philologische Identität

Es wurde versucht, diese wenn auch auf Gemeinwohlstatbestände beschränkte, definitorische Gleichsetzung mittels philologischer Argumentation zu verallgemeinern. ¹⁰⁰⁾ Tatsächlich besteht vom Sprachgebrauch her zwischen "ermessen" und "beurteilen" kein Unterschied. Dies hat zur Folge, dass man überall dort, wo eine Freiheit des Entscheidens und Beurteilens besteht, vom Ermessen als dem bewusstseinsinternen Vorgang des Beurteilens reden kann. Damit werden aber Erscheinungen des Rechtslebens, die verschiedene juristische Bedeutungen erhalten haben, aufgrund der gleichen philologischen Bezeichnung, die für die Rechtssprache wegen ihrer Undifferenziertheit einer Präzisierung bedarf, irrtümlicherweise identifiziert. ¹⁰¹⁾

3.2.2. Gleichartigkeit in der gesetzgeberischen Motivation

Jedoch lässt sich nachweisen, ¹⁰²⁾ dass die Motivation des Gesetzgebers bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht anders ist als bei Erlass von Ermessensnormen. Beidemal geht es darum, der Verwaltung die Anpassung an eine sich ständig wandelnde Normsituation zu ermöglichen und ihr durch Einbettung flexibler Elemente in die Gesetzessprache ein Eingehen auf den Einzelfall zu ermöglichen.

98) Häberle, Öffentliches Interesse, S. 195 ff.

99) v. Laun, Das freie Ermessen, S. 62.

100) Loppuch, DVBl. 1955, S. 377 ff., S. 416 ff.; Rüdiger Klein, ABR 82, 1957, S. 75 ff.; ders., JZ 1956, S. 588 f.

101) Larenz, Methodenlehre, S. 307 ff.; Bachof, JZ 1956, S. 590

102) Lohmann, Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, S. 34.

Die Begrenztheit menschlicher Erkenntnis- und Ausdrucksfähigkeit¹⁰³⁾ sowie der Charakter gesetzlicher Regelungen als sprachlicher Kompromisse¹⁰⁴⁾ divergierender legislativer Meinungen machen weitgefassete Tatbestandsmerkmale erforderlich. Hier handelt es sich jedoch eher um eine ungewollte und unerwünschte Nebenwirkung. Dagegen geschieht die Offenhaltung der gesetzlichen Regelung zwecks voller Berücksichtigung der Fallindividualität und zwecks Anpassung der gesetzlichen Regelung an die sich wandelnde soziale und wirtschaftliche Struktur bewusst. Dass die gewollte Schaffung solch "grauer Zonen"¹⁰⁵⁾ ein beliebtes gesetzgeberisches Regelungsinstrument¹⁰⁶⁾ ist, zeigt der in den Motiven zum BGB allenthalben vorkommende stereotype Hinweis: "Diese Frage glaubte die Kommission der Entwicklung durch Lehre und Praxis überlassen zu sollen."¹⁰⁷⁾

Diese Offenheit des Rechts ist von Bäumlin zutreffend mit der Geschichtlichkeit des Rechts begründet worden, das zu jeder Zeit nur "entwurfshafte Teilantworten"¹⁰⁸⁾ liefern kann. Die Idee des Gesetzgebungsstaates, in dem Verwaltung und Justiz auf ausführende Funktionen beschränkt werden, ist daher durch die begrenzte Fähigkeit des Gesetzgebers, "juristische Dogmatiken auf Vorrat zu entwerfen", beschränkt.¹⁰⁹⁾ Entsprechend dem Prozesscharakter aller Rechtsverwirklichung kann Verwaltung nicht auf eine bloss logisch subsumierende Vollziehung beschränkt werden, sondern beinhaltet vielmehr eine "Rechtskonkretisierung" der ihr vorgegebenen Verhaltensentwürfe. Von daher ergibt sich aber für die Anwendung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen kein Unterscheidungsmerkmal mehr; beidesmal handelt es sich um die Verwirklichung konkretisierungsbedürftigen Rechts.

So wenig wie der Gesetzgeber die konkreten geschichtlichen Verhältnisse voraussehen kann, so schwierig ist für ihn, mit seiner schablonisierenden Regelung die Individualität des Falles in den Griff zu bekommen. Aus der typisierenden Aneinanderreihung sich wiederholender, individueller Fälle, deren Gemeinsamkeiten abstrahierend zusammengefügt werden, ent-

103) so schon Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, S. 18
104) Simon, Das Verwaltungshandeln, S. 42.

105) Esser, Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum, S. 9.

106) Daher kann Bachof, JZ 1955, S. 97 ff., S. 101 und Schweiger, DVBl. 1968, S. 481 ff., S. 486 nicht gefolgt werden, wenn sie die weite Tatbestandsfassung als "Verlegenheitslösung" ansehen.

107) Zitiert nach Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 56, Anm. 17

108) Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, S. 27

109) Bäumlin, aaO., S. 31.

wickelt sich zwar geschichtliches Recht, jedoch um den Preis einer Nivellierung aller Individualität. Den notwendigen Ausgleich zwischen den antinomischen Tendenzen der Gerechtigkeitsidee, der Individualisierung und der Generalisierung, erreicht der Gesetzgeber durch ein Zurückstecken seines Normierungsplans. Durch die Verwendung von weitgefassten Tatbestandselementen, in die, wie es Henkel ausdrückt, ¹¹⁰⁾ die Individualität des Falles als Beurteilungselement sozusagen hineinschlupfen kann, beschränkt sich der Gesetzgeber auf eine allgemeine Richtlinie, "die dem Rechtsanwender die konkrete Bestimmung der Rechts- und Pflichtgrenze unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles offenlässt." ¹¹¹⁾

Sowohl unbestimmte Rechtsbegriffe wie Ermessensermächtigungen sind also von der Funktion her gleichwertige Formen einer offenen Rechtssetzungstechnik, die durch die sachlogischen Notwendigkeiten des Gesetzgebungsprozesses bedingt das theoretische Modell absoluter Bindung der Verwaltung einschränken. ¹¹²⁾

3.2.3. Gesetzestechnische Vertauschbarkeit

Ist aber die Verwendung von Ermessenstatbeständen oder unbestimmten Rechtsbegriffen nur eine Frage der gesetzgeberischen Praktikabilität, ¹¹³⁾ dann muss es möglich sein, Begriffe der Tatbestandsseite etwa durch Formulierung als Kann-Bestimmung in die Rechtsfolgenseite einzubauen und umgekehrt, ohne dass dadurch die Norm in ihrer Aussage qualitativ verändert wird.

Eine solche Verschiedenwertigkeit glaubt jedoch Schmidt-Salzer ¹¹⁴⁾ am

110) Henkel, Recht und Individualität, S. 28.

111) Henkel, aaO., S. 33.

112) Vgl. insgesamt hierzu weiterhin:

Schmidt-Salzer, VA 60, 1969, S. 261 ff., S. 273; ders., Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 12 ff.; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht Band 1, S. 180, S. 184; Ule in Jellinek-Festschrift, S. 309 ff., S. 315. Redecker DÖV 1971, S. 757 ff., S. 760. Geitmann, BVerfG und offene Normen, S. 48; Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, S. 136, der die streckenweise Unbestimmtheit von Normen als Gebot des Art. 3 Abs. 1 GG ansieht; Lerche, Übermass, S. 196.

113) Engisch, Einführung, S. 117; Lerche, Art. "Ermessen", Staatslexikon, Sp. 12.

114) VA 60, 1969, S. 261 ff., S. 273 f.

Beispiel des § 10 AuslG¹¹⁵⁾ feststellen zu können. Seine Ansicht, bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe lasse sich nur eine starre Regelung erzielen, die keine Möglichkeit zum Eingehen auf den Einzelfall ermögliche, übersieht aber, dass auch die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sich noch nicht "mit innerer Notwendigkeit" aus dem Gesetz heraus ergibt und dass bei beiden Kategorien Gerechtigkeits- und teleologische Erwägungen gleichermaßen eingreifen. Hinzu kommt, dass § 10 AuslG durch eine typologisierende Methode, wie es sich in der Legaldefinition der "erheblichen Belange der Bundesrepublik Deutschlands" (§ 10 Abs. 1 Nr. 1-10 AuslG) zeigt, gekennzeichnet ist. Durch die Beschreibung von Fallgruppen wird der Bezug zum leitenden Wertgesichtspunkt ("erhebliche Belange", § 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG) gewahrt, so dass letztlich der leitende Wertgesichtspunkt über die Zuordnung zur einzelnen Fallgruppe entscheidet. Liegt aber eine der Fallgruppen oder ein sonstiger "erheblicher Belang" vor, so können nur noch Gründe der Einzelfallgerechtigkeit für ein Verbleiben des Ausländers und damit für die Nichtanwendung des § 10 AuslG sprechen. Diese individualisierenden Momente lassen sich aber bei ausschliesslicher Benutzung unbestimmter Rechtsbegriffe dadurch erreichen, dass die in § 10 Abs. 1 Nr. 1-10 AuslG aufgeführten Ausweisungsgründe zu Regelbeispielen der "erheblichen Belange" umgeformt werden oder dass die Ausweisungsgründe durch den Zusatz "es sei denn die Ausweisung stelle eine unbillige Härte dar" ergänzt werden.^{116) 117)}

Die beliebige gesetzestechnische Vertauschbarkeit von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen muss sich auch bei der Interpretation der sogenannten Kopplungstatbestände¹¹⁸⁾ auswirken. Besonders häufig findet sich dieser Tatbestandstypus, bei dem mit einem unbestimmten Begriff auf der Tatbestandsseite gleichzeitig eine Ermessenskompetenz gepaart ist,

115) vom 28.4.1965, BGBl. I, S. 353.

116) Unter Verwendung unbestimmter Begriffe würde § 10 AuslG etwa lauten:

"Ein Ausländer, der erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland verletzt, ist auszuweisen, es sei denn die Ausweisung stellt eine unbillige Härte dar. Erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland sind in der Regel dann verletzt, wenn ...". Es folgt die Aufzählung in § 10 Abs. 1 Nr. 1-10 AuslG.

117) Ebenso wie hier Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 202, Anm. 15.

118) Dieser Typus findet sich besonders häufig bei Dispens- und Erlaubnistatbeständen: z.B. §§ 31 II, 35 II BBauG; § 9 VIII BFernStrG; §§ 57 IV, 105 b II 2 GewO.

bei Ausnahme- und Dispensbestimmungen sowie bei den Erlaubnistatbeständen. Solche Kopplungen können aber nur den Sinn haben, dass das eine Element als Interpretationsrichtlinie oder -schränke für das andere Element dient. Denn auf Grund der funktionellen Gleichheit von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen muss es zu Überschneidungen hinsichtlich der anzustellenden Erwägungen auf der Tatbestands- und Rechtsfolge-seite kommen. Folgerichtig kommt daher das BVerwG zum Ergebnis, dass das Vorliegen der den unbestimmten Begriff konkretisierenden Tatbestandsmerkmale das Ermessen auf Null schrumpfen lässt.¹¹⁹⁾ Die gegebene Begründung, eine Wahlmöglichkeit zwischen Handeln und Nichthandeln sei unzulässig, wenn das Gesetz die Voraussetzungen einer Vergünstigung generalisierend genannt hat, lässt erkennen, dass sich im Rahmen einer Ermessensermächtigung keine anderen als durch den unbestimmten Begriff vorgegebenen Versagungsgründe ergeben können.

Mit diesem Überzeugenden Ergebnis scheint sich die Entscheidung des Gem. Senats der obersten Bundesgerichte zu § 131 AO a.F. (§ 227 AO 1977)¹²⁰⁾ nur schlecht vereinbaren zu lassen. Doch auch diese Entscheidung basiert auf der Gleichartigkeit von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen, unterscheidet sich jedoch dadurch von der RSpr. des BVerwG, dass das Tatbestandsmerkmal "unbillig" im Ergebnis als nur beschränkt überprüfbarer Teil der Ermessensausübung behandelt wird. Da bei der Unterstellung, dass der Begriff unbillig ein unbestimmter Rechtsbegriff sei, auch das "können" voll justitiabel wäre, und da dieses Ergebnis mit dem Sinn und Zweck der als Ermessensvorschrift konzipierten Bestimmung nicht zu vereinbaren ist, gelangt der GemS zu dem Schluss, dass bei der Besonderheit der hier zu beurteilenden Norm der Begriff "unbillig" in den Ermessensbereich hineinragt und damit zugleich Inhalt und Grenzen der pflichtgemässen Ermessensausübung bestimmt.¹²¹⁾ Mit anderer Tendenz als das BVerwG kommt damit auch der Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte zu einer Deckungsgleichheit von Ermessen und unbestimmten Rechts-

119) BVerwG Urteil v. 29.4.1964 - I C 30.62 - BVerwG E 18, S. 247 ff., S. 251 (zu § 35 Abs. 2 BBauG); dazu kritisch Menger VA 56, 1965, S. 81, S. 87 ff.; zustimmend Hans H. Klein, DÖV 1964, S. 658.
BVerwG Urteil v. 14.12.1962 - VII C 140.61 - BVerwG E 15, S. 208 ff., S. 211 zu §§ 1, 3 NamÄndG. VG Münster, Urteil v. 31.1.66 - 2 K - 437/65 - DVBl. 1967, S. 298 zu § 31 Abs. 1 BBauG mit zustimmender Anm. Hoppe (S. 300) und ablehnender Anm. Scheerbarth (S. 301).

120) siehe oben Anm. 85.

121) NJW 1972, S. 1413.

begriffen ¹²²⁾, indem versucht wird, die Ausklammerung unbestimmter Rechtsbegriffe aus dem einheitlichen Ermessensbegriff rückgängig zu machen.

3.2.4. Zwischenergebnis

Dieser erste Vergleich von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen zeigt, dass es dem Gesetzgeber in beiden Fällen darum geht, der Verwaltung die Anpassung an die Individualität des Einzelfalls zu ermöglichen und sie nicht auf starre Details festzulegen. Ob der Gesetzgeber die Fallindividualität durch Verwendung unbestimmter Begriffe oder durch alternative Formulierung der Rechtsfolge berücksichtigt, ist eine Frage der gesetzgeberischen Praktikabilität. In der Sache ergeben sich daraus, wie insbesondere die Vertauschbarkeit von Ermessens- und unbestimmten Rechtsbegriffen zeigt, keine qualitativen Unterschiede.

Welche Folgerungen aus der Aufgabe der Unterscheidung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen zu ziehen sind, insbesondere die Frage der gerichtlichen Überprüfung, bedarf noch weiterer Untersuchung.

3.3. Identische Rechtsanwendungsprobleme bei Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen

Unter Übernahme der vorherrschenden Meinung im Verwaltungsrecht stellt auch die allgemeine Methodenliteratur ¹²³⁾ die Ermessensausübung in einen prinzipiellen Gegensatz zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, wobei in der Massgeblichkeit eigener Zwecküberlegungen des Rechtsanwenders das Unterscheidungskriterium erblickt wird.

Diese kategorische Scheidung von Ermessen und Beurteilungsspielraum auf Grund unterschiedlicher Qualität lässt sich jedoch, wie eine Durchsicht der Methodenliteratur zeigt, nur schwer mit der Grunderkenntnis der Wer-

122) Ebenso wird eine einheitliche Betrachtungsweise, wenn auch mit verschiedener Begründung vertreten von: R. Klein, AÖR 82, 1957, S. 75 ff.; Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff; Rupp, Grundfragen, S. 177 ff.; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, S. 149 ff.; Schmidt-Eichstaedt, AÖR 98, 1973, S. 173 ff., S. 180 ff.; Lohmann, Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, S. 83 ff.; Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 63 f.

123) Engisch, Einführung, S. 111 ff.; Esser, Vorverständnis, S. 65; Larenz, Methodenlehre, S. 281 f.

tungsjurisprudenz, dass Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung im Falle einer Lückenfüllung ein einheitliches hermeneutisches Problem darstellen¹²⁴⁾, vereinbaren. Sowohl die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie auch Ermessen gewährender Normen war von Heck¹²⁵⁾ als einheitlicher Fall einer gesetzlichen Lücke angesehen worden, da beidesmal ein Vorgehen entsprechend den "legislativen Zwecken und Werturteilen" erforderlich sei. Auch wenn man entgegen Heck solche planmässigen Auflockerungen der gesetzlichen Bindung heute terminologisch aus dem Lückenbegriff, der durch das Merkmal der "Planwidrigkeit"¹²⁶⁾ konstituiert wird, ausgrenzt, dann muss der Beweis dafür, dass Ermessensanwendung ein aliud gegenüber dem einheitlichen hermeneutischen Problem von Rechtsfortbildung und Gesetzesanwendung darstellt, erbracht werden.

Angesichts dieses Befundes ist es erforderlich, mit den Mitteln der Methodenlehre dem behaupteten qualitativen Unterschied zwischen der Anwendung unbestimmter Begriffe und Ermessensausübung nachzugehen. Hierbei soll sich die Untersuchung darauf beschränken, den äusseren Arbeitsablauf des "juristisch-handwerklichen"¹²⁷⁾ Vorgangs Normanwendung sichtbar zu machen. Zu den verschiedenen Methoden der Normauslegung soll nur, soweit notwendig, Stellung genommen werden, da sonst das gefundene Ergebnis auf dem Boden dieser Theorien allzu leicht angreifbar wäre.

Andererseits muss aber ausführlich zur Überwindung des Rechtspositivismus durch die Wertungsjurisprudenz Stellung genommen werden, da nur dadurch die mangelnde Schlüssigkeit der herkömmlichen Argumentation aufgezeigt werden kann. Denn noch immer wird die Verwaltungsrechtsprechung

124) Larenz, Methodenlehre, S. 350 ff.; ders., NJW 1965, S. 1 ff.; Esser, Vorverständnis, S. 178; ähnlich Engisch, Einführung, S. 153.

125) Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, S. 173 f. Auch von Engisch, Einführung, S. 137 wird eingeräumt, dass "die Grenze zwischen Rechtsanwendung secundum legem und Lückenausfüllung praeter legem bei den Generalklauseln und Ermessensklauseln unscharf wird." BVerfG, Urteil v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53 - BVerfGE 3, S. 225, S. 243 f. sieht die Anwendung unbestimmter Begriffe ebenfalls als Lückenausfüllung an.

126) Larenz, Methodenlehre, S. 358; Canaris, Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 16, S. 28, S. 30 ff.; kritisch zur "unkontrollierbaren Behauptung über den Plan des Gesetzes" Esser, Vorverständnis, S. 178; weiterhin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 196.

127) W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 114.

von der "Theorie der einzig richtigen Entscheidung" ¹²⁸⁾ beherrscht. Diese Theorie, wonach beim unbestimmten Rechtsbegriff "der Subsumtionsbegriff nur ein rechtlich richtiges Ergebnis haben kann" ¹²⁹⁾, lässt sich nur auf der Basis des Rechtspositivismus rechtfertigen.

3.3.1. Rechtsanwendung als hermeneutisches Problem

Nach der methodologischen Betrachtung über die Zuordnung von Tatbestand und Rechtsfolge besteht die Subsumtion in dem logischen Verfahren, Begriffe von engerem Umfang solchen von weiterem Umfang zu unterstellen, ¹³⁰⁾ um solcherart die Deckungsgleichheit von Sachverhalt und Tatbestand festzustellen. Bei Bestehen dieser Deckungsgleichheit kann die für den Tatbestand angeordnete Rechtsfolge auf den festgestellten Sachverhalt angewandt werden. ¹³¹⁾ Indessen erfolgt die juristische Subsumtion nicht stets so, dass Sachverhalt und juristischer Tatbestand getrennt ermittelt und dann gegenübergestellt werden. Sachverhaltsfeststellung und Tatbestandsinterpretation werden vielmehr synoptisch und in Bezug aufeinander dergestalt durchgeführt, dass die Auswahl der Sachverhaltsfakten vom gesetzlichen Tatbestand her bestimmt wird, während andererseits der Sachverhalt die Interpretation des Tatbestands beeinflusst. Hierdurch entsteht zwischen Sachverhaltsfeststellung und Tatbestandsinterpretation eine dialektische Verknüpfung, ¹³²⁾ die Engisch als ein "Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt" ¹³³⁾ gekennzeichnet hat.

Die Schwierigkeit der Beurteilung von Sachverhaltsmerkmalen auf ihre Tatbestandsmässigkeit besteht darin, dass nur Gleiches unter Gleiches subsumiert werden kann. ¹³⁴⁾ Da nun der Sachverhalt durch Tatsachenbegriffe, der Tatbestand aber durch Rechtsbegriffe beschrieben ist, bedarf es einer Auflösung der Tatsachen in Rechtsbegriffe in Beziehung auf die zu subsumierenden Tatsachen. Larenz beschreibt dies folgendermassen: "Der

128) so Jarosch, DÖV 1974, S. 123 ff., S. 124; W. Schmidt, JUS 1971, S. 184 ff., S. 188 m.w.N.

129) Redeker - von Oertzen, Anm. 4 zu § 114 VwGO.

130) Larenz, Methodenlehre, S. 258 unter Bezugnahme auf Hoffmeister, Wörterbuch der philosophischen Begriffe.

131) Larenz, Methodenlehre, S. 255 ff.; Esser, Vorverständnis, S. 43 ff.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 47 ff. Sehr instruktiv zum Ganzen Engisch, Einführung, Anm. 36 ff. (S. 200 ff.)

132) Larenz, Methodenlehre, S. 189 ff.

133) Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 14 f.; hierzu Esser, Vorverständnis, S. 79; Engisch, Einführung, S. 206, Anm. 54

134) Engisch, Einführung, S. 56 unter Bezugnahme auf Sommer, Das Reale und der Gegenstand der Rechtswissenschaft.

Beurteiler geht also von dem ihm geschilderten Sachverhalt aus, prüft, welche Rechtssätze möglicherweise auf ihn anwendbar sind, vervollständigt danach den Sachverhalt im Hinblick auf die Tatbestände dieser Rechtssätze, die er ihrerseits wieder, soweit sie keine glatte Subsumtion ermöglichen, im Hinblick auf solche Umstände, wie sie hier vorliegen, konkretisiert. Der Sachverhalt als Aussage enthält seine endgültige Fassung erst im Hinblick auf die Rechtssätze, nach denen er beurteilt wird; diese aber werden ihrerseits ausgewählt und, soweit erforderlich, konkretisiert im Hinblick auf den zu beurteilenden Sachverhalt." ¹³⁵⁾

3.3.1.1. Der Vorgang des Angleichens von Tatsachenbegriffen an Rechtsbegriffe

Ein eindeutiges Subsumtionsergebnis, wie es der Theorie der einzig richtigen Entscheidung entspricht, lässt sich nur dann erzielen, wenn jedem Tatsachenbegriff ein Rechtsbegriff eindeutig zugeordnet werden kann. Da beide Begriffe aber in verschiedenen Ebenen angesiedelt sind, bedarf es für die Transformation des Tatsachenbegriffes in einen Rechtsbegriff der Umgangssprache ¹³⁶⁾ als eines dem Recht vorgegebenen Mediums. Diese Transformation stösst aber auf vielfache Schwierigkeiten bei der Erfassung des im Rechtsbegriff tradierten Sinns. ¹³⁷⁾

Der Rechtspositivismus verstand unter Subsumtion einen analytischen

135) Larenz, Methodenlehre, S. 264 f.; weiterhin zu der von Larenz beschriebenen Strukturverschlingung von Tatsachenfeststellung und Subsumtion: Esser, Grundsatz und Norm, S. 261 f.; Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 82 ff.

136) Engisch, Logische Studien, S. 26; ähnlich ders., Einführung, S. 56 f. Zum Gegensatz hierzu, der "reinen Sprache", vgl. Habermas, Erkenntnis und Interesse, S. 204.

137) Vgl. Roellecke, VVDStRL 34, 1976, S. 7 ff., S. 17: "Die Anwendung von Worten auf das mit den Worten Gemeinte: auf den Gegenstand lässt sich nicht mehr rationalisieren, weil jede Rationalisierung auf Sprache angewiesen, eine Erklärung mit Worten und deshalb das Anwendungsproblem aufwirft." Engisch weist die als "Auslegung" bezeichnete vergleichende Einordnung dem Untersatz zu, da sich hier auch die Subsumtion vollziehe (vgl. Engisch, Einführung, S. 69 ff., S. 50 f. mit Anm. 36 a). Bei Kaufmann, JUS 1965, S. 7 und Esser, Grundsatz und Norm, S. 254 ff.; ders., Vorverständnis, S. 68 ff. hingegen wird die Auslegungsarbeit dem Obersatz zugewiesen und von der Subsumtion getrennt.

Abstraktionsprozess, innerhalb dessen der spezielle Begriff durch Abstraktion seiner spezifischen Merkmale auf den generellen Begriff zurückgeführt wird.¹³⁸⁾ Angesichts eines solchen sich selbst verwirklichenden Gesetzes konnten rechtsethische und rechtspolitische Fragen in den Bereich der Soziologie und Naturrechtslehre verbannt werden.¹³⁹⁾ Da der rechtliche Sinn der Normen allein in diesen enthalten ist, reicht zu dessen Erfassung eine Analyse der Gesetzessprache nach den Regeln formaler Logik¹⁴⁰⁾ aus.

Eine solche philologische Analyse der Gesetzestexte würde aber nur dann genügen, wenn die in der Norm beschlossene Aussage rekonstruierbar wäre.¹⁴¹⁾ Dies aber setzt wiederum die Abfassung von Gesetzen in logifizierter Form voraus, da nur die jeweilige Aussage mittels metasprachlicher Konstitutionsregeln rekonstruierbar ist.¹⁴²⁾ Damit würde aber das vorgegebene Medium der Umgangssprache verlassen.

Bedarf es also einer logifizierten Gesetzessprache, damit durch Abstraktion der speziellere Begriff dem generellen Begriff zugeordnet werden kann, so bedürfen die Begriffe ihrerseits wieder einer systematischen Ordnung, wie sie nur im axiomatisch-deduktiven System der Logistik gegeben ist.¹⁴³⁾ Ein solches in sich vollständiges und widerspruchsfreies System¹⁴⁴⁾, selbst wenn es erkenntnismässig zu erreichen wäre, hätte immer noch den Nachteil, dass seine Axiome wegen ihres rein formalen Charakters auf die jeweils neu zu beantwortenden Gerechtigkeitspostulate, die ethischen und sozialen Forderungen der Gemeinschaft, die Antwort schuldig bleiben müssten.¹⁴⁵⁾

138) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 258, allerdings mit Betonung des voluntativen Moments; ders., Methodenlehre, 2. Auflage, S. 263, Anm. 1.

139) Vgl. Hruschka, Das Verstehen von Rechtstexten, S. 14 ff.; Betti, Festschrift für Engisch, S. 205 f.; Fr. Müller, Normstruktur und Normativität, S. 18 ff.

140) hierzu Engisch, Einführung, Anm. 36 auf S. 200 ff.; Esser, Vorverständnis, S. 106 ff.; Fr. Müller, Normstruktur und Normativität, S. 40 ff. (S. 41: "Die Möglichkeiten der Logik in der Rechtswissenschaft sind begrenzt"; m.w.N. in Anm. 110).

141) hierzu Habermas, Erkenntnis und Interesse, S. 204 f.

142) Esser, Vorverständnis, S. 108 kommt daher zum Ergebnis, dass juristische Logik nur kraft der Wertungsfolgerichtigkeit als Sachlogik funktionieren kann.

143) Vgl. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 81 ff.

144) zu Puchta's Versuch einer Genealogie der Begriffe Larenz, Methodenlehre, S. 20 ff.

145) Vgl. Esser, Vorverständnis, S. 87 ff. - Systeme können daher nur partielle Teilantworten bieten.

3.3.1.2. Wertungsjurisprudenz - hermeneutischer Zirkel

Zutreffender ist es daher, das Subsumtionsverfahren als analoges Denken, als "Gleichsetzung des konkret zu beurteilenden Falles mit den durch den gesetzlichen Tatbestand gemeinten Fällen" zu bezeichnen.¹⁴⁶⁾ Nicht durch analytische Abstraktion, sondern durch Bildung von hypothetischen Lösungen und deren Vergleichung mit gedachten Änderungen des Sachverhalts erschliesst sich die Normativität des Tatbestandes.¹⁴⁷⁾ Aus dem quasi-induktiven Fortschreiten, das "vom Auffassen unbestimmt-bestimmter Teile zum Versuch weitergeht, den Sinn des Ganzen zu erfassen, abwechselnd mit dem Versuch von diesem Sinn aus die Teile fester zu bestimmen"¹⁴⁸⁾ ergibt sich die als hermeneutischer Zirkel¹⁴⁹⁾ bekannte Eigentümlichkeit des Rechtsanwendungsprozesses.

Der logische Zirkel,¹⁵⁰⁾ der darin liegt, dass sich der Sachverhalt nur qua Normverständnis und dieses wiederum nur über den Sachverhalt für die Anwendung erschliesst, ist aber durch den Doppelstatus des juristischen Begriffes als umgangssprachliches Symbol und als normierter Wertungsgehalt bedingt.¹⁵¹⁾ Das zirkuläre Ineinanderspielen zweier verschiedener Ebenen, Umgangssprache und Rechtssprache, Sachverhalt und Norm macht daher das Wesen der Rechtsanwendung aus.¹⁵²⁾

146) Engisch, Logische Studien, S. 26; ähnlich ders., Einführung, S. 56

147) Esser, Vorverständnis, S. 53 f.

148) Habermas, Erkenntnis und Interesse, S. 215. Ähnlich formuliert A. Kaufmann, Festschrift für Gallas, S. 7 ff., S. 17: "Der konkrete Sachverhalt ist in seiner rechtlichen Relevanz nur verstehbar im Hinblick auf die in Betracht kommende(n) Rechtsnorm(en), der Sinn der Rechtsnorm(en) aber erschliesst sich nur über das Verständnis des Lebenssachverhalts."

149) Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 183 ff.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 197 ff.; A. Kaufmann, Festschrift für Gallas, S. 7 ff.; Betti, Festschrift für Engisch, S. 205 ff.; weitere Nachweise bei Engisch, Einführung, S. 200, Anm. 57.

150) a.A. Engisch, Einführung, S. 207, Anm. 56, der hierin nur einen scheinbaren logischen Zirkel erblickt.

151) Zu dieser Eigenart juristischer Begriffe Fr. Müller, Normstruktur und Normativität, S. 33. Allgemein zu dieser Begründung des Zirkels Habermas, Erkenntnis und Interesse, S. 216.

152) Eine Rechtfertigung des Zirkels findet sich bei Heidegger, Sein und Zeit, S. 153 (zitiert bei Betti, Festschrift für Engisch, S. 18).

3.3.1.3. Vorverständnis

Wird aber die Rechtsnorm nur durch solch zirkuläre Wechselbestimmung verständlich, so kann sie dem Rechtsanwendenden auch nicht mehr als "objektive" ¹⁵³⁾ Grösse gegenüberstehen, die quasi von aussen in ihrer Bedeutung erkannt wird. Die Person des Rechtsanwenders bestimmt mit seiner Antizipation vom Sinn der Norm ¹⁵⁴⁾ die Fragestellung an die Norm und damit den Verlauf des Anwendungsprozesses. Der Rechtsanwender ist daher nicht mehr "nur dem Gesetz" unterworfen. Mittels dieser Antizipation vom Sinn der Norm - eingeprägt hat sich hierfür Gadamers ¹⁵⁵⁾ Begriff "Vorverständnis" - wird eine bestimmte Ordnungsfrage im Hinblick auf eine zu gewinnende Entscheidungsmaxime an die fragliche Norm herangetragen. Der Rechtsanwender, sagt Esser, "will nichts anderes, als den Text daraufhin verstehen, ob er anhand seiner ratio seine befriedigende Entscheidung fällen kann oder nicht"; ¹⁵⁶⁾ ihm erscheint die Konfliktsituation nicht als persönliche Situation des Rechtssuchenden, sondern als "typische Fallsituation", die generell sachgerecht gelöst werden muss.

In der Herausarbeitung des Vorverständnisses als eines essentiellen Elementes der Rechtsanwendung kann aber keine Sanktionierung einer "freien Rechtsfindung" erblickt werden; das Vorverständnis verdeutlicht vielmehr gerade die Wertungsbedürftigkeit jeder Rechtsanwendung, die dadurch grössere Transparenz erhält. ¹⁵⁷⁾

153) Zum Begriff der "Objektivität" in den Naturwissenschaften Fr. Müller, Normstruktur und Normativität, S. 14 ff.

154) Zippelius, JZ 1970, S. 241 ff., S. 241: "Jeder versteht also ein Wort mit dem Bedeutungszusammenhang, den er kennengelernt hat,"

155) Esser, Vorverständnis, S. 12; zu Gadamers Werk Larenz, Methodenlehre, S. 190

156) Esser, Vorverständnis, S. 139; kritisch hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 188

157) A. Kaufmann, Festschrift für Gallas, S. 7 ff., S. 19; Esser, Vorverständnis, S. 116 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 192 betont ebenfalls die grössere Rationalität solchen "wertorientierten" Denkens.

Reduziert man das Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaft von der Auffindung eines schlechthin gegebenen Rechts auf ein mehr praktisches, nämlich Richtigkeit des Ergebnisses im Sinne einer rationalen Konsensfähigkeit, dann hilft ein eingestandenes Vorverständnis eher die Intersubjektivität der Verständigung zu wahren als angebliche Wertneutralität.

3.3.2. Wertungsbegriffe im besonderen

Die Vorstellung, dass das kodifizierte Recht ausschliesslich aus sich selbst ausgelegt werden könne, oder wie es Radbruch¹⁵⁸⁾ formuliert hat, dass die Entscheidung im Gesetz schon "schlummert, wie die Marmorstatue im Marmor", kann unter dem Eindruck der hermeneutischen Forschung - wie dargelegt - nicht aufrechterhalten werden. Die Entscheidung ergibt sich eben nicht "von selbst mit innerer Notwendigkeit"¹⁵⁹⁾, auch wenn dies noch als Überwiegende Auffassung deutscher Juristen zu gelten hat.¹⁶⁰⁾

Rechtsanwendung als Art wertender Erkenntnis ist "damit in grösserem oder geringerem Masse von der Persönlichkeit des Rechtsanwenders geprägt."¹⁶¹⁾ Besonders deutlich wird dies bei den wertausfüllungsbedürftigen¹⁶²⁾ normativen Begriffen, was wir im Anschluss an Engisch als Oberbegriff für unbestimmte ein Werturteil verlangende Begriffe ("objektiv-normativ") und für Ermessensbegriffe ("subjektiv-normativ") verwenden wollen.¹⁶³⁾

Solche unbestimmte, ein Werturteil verlangende Begriffe liegen da vor, wo der Rechtsanwender den Sachverhalt erst nach einem von ihm selbst zu konkretisierenden Masstab zu beurteilen hat, bevor er ihn dem Tatbestand zuordnen kann.¹⁶⁴⁾ Dass der Bildung dieses Masstabes durch einen

158) zitiert bei Esser, Vorverständnis, S. 48.

159) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, Band II, S. 178. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 327, vergleicht diesen Subsumtionssyllogismus mit dem Einordnen einer Pflanze in das Linnésche System.

160) Larenz, Methodenlehre, S. 117. Typisch für diese noch Überwiegende Meinung Forsthoff, Festschrift für Carl Schmitt, S. 35 ff., S. 41: Die Jurisprudenz betreibe Selbstvernichtung, wenn sie das Dogma aufbehalte, "dass die Gesetzesauslegung die Ermittlung der richtigen Subsumtion im Sinne des syllogistischen Schlusses ist."

161) Lorenz, Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 25. Lorenz sieht jedoch darin eine "unerwünschte Begleiterscheinung" der Subsumtion.

162) Ausdruck nach Engisch, Einführung, S. 111.

163) Einführung, S. 127.

164) Larenz, Methodenlehre, S. 273; Esser, Vorverständnis, S. 59 f. Ob die Bildung dieses Masstabes eine Frage der Auslegung oder eine Frage der Sachverhaltswürdigung ist, ist wegen des hierbei nötigen Ineinanderspiels von Obersatz und Untersatz schwer zu beurteilen. Wegen der praktischen Unmöglichkeit einer Trennung wird daher in diesen Fällen zugleich eine Tat- und Rechtsfrage angenommen; Larenz, Methodenlehre, S. 295; Esser, Vorverständnis, S. 60 f.; vgl. auch Jesch, AÖR 82, 1957, S. 163 ff., S. 194 f., der damit den "Beurteilungsspielraum" unbestimmter Rechtsbegriffe begründet.

vorrangigen Durchgriff auf im Rechtssystem integrierte Wertungen, auf Verkehrsanschauungen und sozialetische Werturteile Grenzen gezogen werden, steht ausser Zweifel.

Als die hierfür geeignete Methode empfiehlt Larenz ¹⁶⁵⁾ Fallvergleichung und Typisierung. Dabei wird die im Gesetz vorangestellte Beschreibung, die keine abschliessende und hinreichende Genauigkeit besitzt, durch eine Vielzahl von Zügen, die sich rückschliessend aus der gesetzlichen Regelung ergibt, ergänzt. ¹⁶⁶⁾ Wenn auch dieses Verfahren wertende Zuordnung vorbereiten hilft, so gelangt die Konkretisierung doch irgendwann an einen Punkt, wo der Bezug auf leitende Wertgesichtspunkte nichts mehr hergibt. Der Rechtsanwender befindet sich im Dilemma, gestützt auf seine subjektive Rechts- und Werteinsicht zwischen mehreren Möglichkeiten zu wählen. Nach Esser wird ihm zugestanden, die Zuordnungskriterien "unter einem eigenen Prädikat zu beurteilen, genau genommen dem Prädikat, das ein "vernünftiger" Beurteiler dem betreffenden Vorkommnis...geben würde." ¹⁶⁷⁾ Weniger aus persönlicher Überzeugung als auf Grund einer Abstimmung der Bewusstseinslage mit der für den Rechtsanwender vernünftigen Menschen seiner Gesellschaft ¹⁶⁸⁾ wird dann im Einzelfall die Zuordnung vollzogen.

Das Problem der wertenden Zuordnung lässt sich damit eingrenzen auf die Wahl zwischen zwei - methodologisch zugelassen - Beurteilungsmaßstäben entsprechend der eigenpsychischen Präferenzstruktur des Rechtsanwenders bzw. der ihm korrelierenden Gesellschaftsschicht. Die Besonderheit der Ermessensanwendung gegenüber dieser wertenden Zuordnung, wie sie bei der Auslegung bestimmter ¹⁶⁹⁾ und unbestimmter Rechtsbegriffe der Fall ist, liegt darin, dass die möglichen Alternativen nicht erst durch Auslegung ermittelt werden müssen, sondern bereits im Gesetzestext expliziert sind. Die Arbeit, die zur Gewinnung der methodisch zulässigen Alternativen erforderlich ist, entfällt beim Ermessensbegriff, während andererseits -

165) Methodenlehre, S. 277. Dies entspricht Esser's Methode der "konkreten Fallkonfrontation"; siehe Esser, Vorverständnis, durchgehend.

166) Larenz, Methodenlehre, S. 200 ff., unter Bezug auf Leenen, Typus und Rechtsfindung.

167) Esser, Vorverständnis, S. 55. Auch nach Larenz, Methodenlehre, S. 278, S. 196 gibt hier die "persönliche Überzeugung" des Rechtsanwenders den Ausschlag.

168) Zu dieser Projektion eigener Rationalität auf die Rationalität der Gesellschaft Esser, Vorverständnis, S. 25. Nach Betti, Festschrift für Engisch, S. 205 ff., S. 222 ist die Formung solcher Wertungsgesichtspunkte Aufgabe und Zuständigkeit der Rechtswissenschaft im weitesten Sinne.

169) wie es Larenz, Methodenlehre, S. 193 am Beispiel der "vertretbaren" Sache (§ 92 BGB) zeigt.

insbesondere im Falle des Handlungsermessens - der Unterschied zwischen den zulässigen Entscheidungsalternativen ein Vielfaches von dem auszumachen scheint, was bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Fall ist.

3.3.3. Sonderfall der Ermessensermächtigungen

Üblicherweise wird der Vorgang der Ermessensbetätigung in einen Abwägungs- und in einen Willensakt zerlegt.¹⁷⁰⁾ Im Rahmen der Abwägung sollen sich heteronome und autonome Determinanten unterscheiden lassen. Die heteronomen Determinanten stellen nichts anderes dar, als die vom Rechtssystem integrierten Wertungen, wie sie bei jeder Rechtsanwendung zu entschlüsseln sind. Nach Ossenbühl soll durch Ermittlung der heteronomen Determinanten¹⁷¹⁾ der Freiraum aufgezeigt werden, innerhalb dessen die autonome Wertabwägung der konkret-individuellen Konfliktslage stattfindet. Diese autonomen Maßstäbe, die die eigenbestimmte Wertabwägung tragen, sind ein Spezifikum von Ermessenstatbeständen und bilden das eigentliche Problem. Fraglich ist aber, ob sich solche autonomen Determinanten, die über den Restraum persönlicher Entscheidungsfreiheit und Entscheidungszwanges, wie er für Subsumtion in hermeneutischer Sicht typisch ist, hinausgehen, nachweisen lassen. Denn bei diesen autonomen Determinanten, die die Pforte im Rechtsgebäude bilden, "durch die ausserrechtliche Motivationen eindringen können",¹⁷²⁾ kann es sich demnach nur um rechtsexterne, gesetzlich nicht verobjektivierte, subjektive Zwecke handeln.

170) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 318 ff. Ähnlicherweise unterscheidet Engisch, Einführung, S. 127 ff. hierbei Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen sowie einen von der Persönlichkeit bestimmten Entscheidungsrest.

171) Ossenbühl, aaO., S. 318 ff. untergliedert diese heteronomen Determinanten in sich aus der ratio legis und aus dirigierenden Verfassungssätzen ergebende positive normative Zielweisungen ("Ermessensdirektiven") und die Modalität der Ermessensausübung begrenzende "Ermessensschränken." Ähnlich Obermayer, NJW 1963, S. 1177 ff., S. 1181, der bei der Ermessensbetätigung der Ermittlung des "eine echte Wahlentscheidung ermöglichenden Ermessensspielraums" die Eingengung dieses Spielraums durch ebenfalls zu ermittelnde immanente Schranken gegenüberstellt.

172) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 321 mit weiteren Nachweisen.

Die Konstruktion ergänzender autonomer Determinanten¹⁷³⁾ beruht auf der Annahme, dass der Gesetzeszweck zu einer völligen Determinierung der Ermessensentscheidung nicht in der Lage ist. Hinter dem vereinfachend so bezeichneten Normzweck verbirgt sich eine Fülle miteinander konkurrierender und teilweise kollidierender Zielsetzungen und Interessen. Damit unterscheidet sich der Normzweck in seiner Komplexität und Unbestimmtheit beispielsweise nicht von Gemeinwohlstatbeständen.¹⁷⁴⁾

Die Ermittlung der gesetzestweckmässigen Lösung setzt hier wie dort eine Abwägung und Wertung zwischen mehreren Zwecken voraus, wie sie sich aus der Konkretisierung der am Normzweck ausgerichteten optimalen Zweckmässigkeit erst ergeben. Von der Notwendigkeit einer Konkretisierung durch Bildung von Mittelbegriffen spricht Ule aber auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen.¹⁷⁵⁾ Hiermit deckt sich die These, dass auch das Ermessen im Grunde nur eine Frage des unbestimmten Tatbestands ist, der einer Zubereitung durch Bildung konkreter Masstabskriterien aus dem allgemeinen Masstab des Normzwecks bedarf.¹⁷⁶⁾ Das von der herrschenden Meinung für unbestimmte Rechtsbegriffe gewonnene Ergebnis einer einzigen richtigen Lösung müsste sich daher auch bei Ermessenstatbeständen durch vollständige Ausschöpfung der ratio legis erzielen lassen.¹⁷⁷⁾ Da es sich dabei nur um die Konkretisierung des allgemeinen Masstabs der am Gesetzeszweck ausgerichteten Zweckmässigkeit handelt, kann das hierbei auftretende wertende Element noch nicht als autonom bezeichnet werden, solange die Anlehnung an die ratio legis gewahrt bleibt. Eine solche quantitativ gesteigerte, wertende Tätigkeit findet sich auch bei Feststellung und Schliessung von Lücken praeter legem,¹⁷⁸⁾ ohne dass hierbei auf autonome Determinanten geschlossen wird.¹⁷⁹⁾ Diesem Ergebnis

173) Vgl. insbesondere Ossenbühl, DÖV 1970, S. 84 ff., S. 86.

174) Häberle, Öffentliches Interesse, S. 30: danach lassen sich trotz aller Schwierigkeiten "juristische Aussagen treffen, die dem öffentlichen Interesse die viel gescholtene Unbestimmtheit juristisch nehmen". Zu den hierbei auftretenden Subsumtionsproblemen Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 201 ff.

175) Ule, Jellinek-Festschrift, S. 309 ff., S. 319.

176) W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 157 f.; Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen, S. 57; Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 23

177) Ebenso unter Verweisung auf die in § 114 VwGO vorausgesetzte normative Wirkung des Normzwecks W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 150, S. 160.

178) Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 89 ff.

179) Kopp, DÖV 1966, S. 317 ff., S. 320 Fn. 17 zieht daher eine Parallele zwischen Ermessensausübung und Lückenfüllung. Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 150 ff. sieht Ermessensausübung als Füllung einer Lücke "intra legem" an.

entspricht es, wenn Scheuner es als allgemeine Meinung bezeichnet, dass Ermessensbegriffe durch gesetzliche Zielbestimmungen völlig determiniert sind.¹⁸⁰⁾

Darüber hinaus bestehen gegen solche autonomen Determinanten, bei deren Ermittlung "die Verwaltung nicht erst auf der Stufe der Konkretisierung, sondern bereits auf der vorgeschalteten Stufe der Normsetzung tätig"¹⁸¹⁾ wird, auch verfassungsrechtliche Bedenken. Denn als Teil der Normsetzung, nicht nur als Teil der Normvollziehung wären autonome Determinanten nur auf dem Boden der Wiener Rechtsschule haltbar.¹⁸²⁾ Anders als der Überwiegende Teil der herrschenden Lehre sieht Schmidt-Salzer zwar diese Diskrepanz zwischen autonomer Wahlfreiheit beim Ermessen und einem ernst genommenen Gesetzesmässigkeitsprinzips. Als "Einbruch eines Praktikabilitätsanfordernisses in die gedankliche Strenge eines theoretischen Strukturmodells" versucht er es denn auch zu rechtfertigen.¹⁸³⁾ Er übersieht hierbei aber, wie die ganze herrschende Lehre, die aus praktischen Erwägungen heraus Ermessens- und Beurteilungsspielräume fordert, dass es auch schöpferische Erkenntnisleistungen¹⁸⁴⁾ gibt, wodurch die in der Ermessensnorm zutage tretende gesetzgeberische Motivation sich auch bei deren Qualifizierung als Rechtsanwendung erreichen lässt.

Auch die bereits angeführte höchstrichterliche Rechtssprechung, derzufolge die Ausübung eines Grundrechts nicht vom Ermessen der Verwaltung abhängig gemacht werden darf,¹⁸⁵⁾ hat in erster Linie die Grundsätze der Gesetzesmässigkeit im Auge. Das Gebot, wonach Grundrechte nur durch Gesetz eingeschränkt werden dürfen, wäre umgangen, falls das einschränkende Gesetz der Verwaltung die Einführung eigener gesetzestgleicher Massstäbe gestatten würde. Damit distanziert sich das BVerwG aber im Ergebnis von jeder formalistischen Betrachtungsweise, wonach die Setzung autonomer Determinanten mittels eines "rechtstechnischen Kunstgriffes" als Normvollziehung durch die gesetzliche Ermächtigung gedeckt angesehen wird.¹⁸⁶⁾

180) Scheuner, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentags, Band 2, S. 252 mit Anm. 108 ("die heutige deutsche Lehre kennt nur ein gebundenes Ermessen"); ebenso Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 43 ff.; Bettermann, Der Staat, Bd. 1, S. 82 ff.

181) Schmidt-Salzer, VA 60, 1969, S. 261 ff., S. 276.

182) Vgl. hierzu Rupp, Grundfragen, S. 182 f., S. 184, S. 197 f.

183) Schmidt-Salzer, VA 60, 1969, S. 261 ff., S. 272 f.

184) Larenz, Methodenlehre, S. 229, S. 391 f.

185) BVerwG, Urteil v. 29.4.1964 - IC 30.62 - BVerwG E 18, S. 247 ff.

186) Rupp, Grundfragen, S. 182.

Die von der herrschenden Lehre behaupteten autonomen Determinanten stellen nichts anderes dar als eine Chiffre für die bei jeder Rechtsanwendung, bei Wertungsbegriffen aber in stark erhöhtem Masse auftretenden Erkenntnisschwierigkeiten. Die vor allem von Ossenbühl angesprochene, eigenbestimmte Wertabwägung beinhaltet nur eine Verweisung auf die bei jeder Rechtsanwendung zum Tragen kommende eigenpsychische Präferenzstruktur. Ergebnis auch unserer methodischen Untersuchungen ist es daher, dass sich bezüglich der Anwendungsvorgänge Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe nicht voneinander unterscheiden. ¹⁸⁷⁾

Uneingeschränkt wird deshalb von der Methodenliteratur zugegeben, dass bei unbestimmten Rechts- und Ermessensbegriffen die "persönliche Färbung der materiellen Wertung und Willensentscheidung" ¹⁸⁸⁾ immer besteht; und von Jesch ¹⁸⁹⁾ wird sogar eingeräumt, dass von der Denktätigkeit aus gesehen "kein greifbarer Unterschied zwischen der Rechtsauslegung und -anwendung im Bereich des Begriffshofs, der freien Interpretation im Beurteilungsspielraum und dem, was oben als Verwaltungsermessen bezeichnet wurde", vorhanden ist.

Ist das aber in der Hauptsache richtig, dann erscheint es rechtmethodisch als wenig Überzeugend, wenn Jesch ¹⁹⁰⁾ und im Anschluss an ihn auch Larenz ¹⁹¹⁾ nur die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe als beispielgebend für weitere Entscheidungen bezeichnen. Dahinter verbirgt sich die eingangs schon dargestellte Ansicht, die Ermessensfreiheit lasse der Verwaltung rechtsfreie Spielräume, deren Ausfüllung keine Rechtsanwendung sei. ¹⁹²⁾ Nur vor diesem Hintergrund wird das Argument von Jesch, eine Rezeption metajuristischer Maßstäbe finde nur bei unbestimmten Rechtsbegriffen, nicht aber auch bei Ermessensermächtigungen statt, verständlich. ¹⁹³⁾

187) Ebenso Lerche, Artikel "Ermessen", Staatslexikon, Sp. 12 ff.; Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 170 ff. ordnet Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe gleichermaßen den Lücken intra legem zu; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, S. 153 ff. sieht Ermessen als eine Frage des unbestimmten Tatbestandes an und kommt daher ebenfalls zu qualitativer Entsprechung beider Kategorien.

188) Engisch, Einführung, S. 131.

189) Jesch, AÖR 1957, Bd. 82, S. 163 ff., S. 233.

190) Jesch, AÖR 1957, Bd. 82, S. 163 ff., S. 191, S. 234, kritisch Rupp, Grundfragen, S. 196.

191) Larenz, Methodenlehre, S. 282

192) v. Laun, Das freie Ermessen, S. 62 ff.; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmässigkeitserwägung, S. 34, S. 36, S. 189 f.

193) Jesch, AÖR 82, 1957, S. 163 ff., S. 208 f.

Ein solches Prinzip der interpretativen Wirkung einer jeden Rechtsanwendung unbestimmter Begriffe erscheint aber auch fraglich angesichts der sich hierbei ergebenden Kasuistik, die ohne Rückgriff auf die leitenden Wertungen unverständlich bleibt. Sollte sich aber im Einzelfall eine interpretative Wirkung durch die Konkretisierung unbestimmter Begriffe ergeben, so kann hierfür nur die Vergleichbarkeit des zugrundeliegenden Sachverhalts ¹⁹⁴⁾ kausal sein. In diesem Falle bedingt aber Art. 3 Abs. 1 GG dasselbe Ergebnis für Ermessensbegriffe. Wird aber das Prinzip der interpretativen Wirkung auf die Bildung des Obersatzes bezogen, dann ist die Unterscheidung nur zu rechtfertigen, wenn man bei der Ermessensausübung die Zulässigkeit irgendwelcher rechtsexterner Gesichtspunkte anerkennt. Da hierbei der Restraum persönlicher Entscheidungsfreiheit durch der Interpretation zugängliche Kriterien (Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit) gebildet wird, muss auch bei Ermessensentscheidungen das Prinzip der interpretativen Wirkung - soweit es wegen der intendierten Individualisierung bei Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen überhaupt Anerkennung finden kann - gelten. ¹⁹⁵⁾

194) Erinnert sei nochmals daran, dass sich hier Tat- und Rechtsfrage, Auslegung und Sachverhaltswürdigung nicht trennen lassen.

195) Im Ergebnis ebenso Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 179 f.

3.4. Exkurs : Entscheidungstheorien ¹⁹⁶⁾

Die Gleichartigkeit von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff ergab sich insbesondere aus der methodischen Untersuchung des Rechtsanwendungsvorgangs. Die Schwäche des damit zugrunde gelegten dialektisch-hermeneutischen Subsumtionsbegriffs liegt darin, dass damit die juristische Entscheidung mit allen Implikationen eines Werturteils ¹⁹⁷⁾ behaftet wird. ¹⁹⁸⁾ Deswegen soll versucht werden, das gefundene Ergebnis mittels des analytisch-formallogogischen Rationalitätsbegriffes der Entscheidungstheorie zusätzlich abzusichern.

Sieht man einmal von Luhmanns Forschungen zur Systemtheorie ¹⁹⁹⁾ ab, werden die Ergebnisse der Entscheidungstheorie in der Jurisprudenz bisher nur daraufhin untersucht, inwieweit sie sich für einen effizienteren Rechtsschutz nützen lassen. ²⁰⁰⁾

Im Folgenden soll weniger der Rechtsschutzgedanke als die Nutzbarmachung der generellen Problemstrukturierung von Entscheidungen den Ausschlag für eine Erörterung der Entscheidungstheorie geben.

3.4.1. Die Grundannahmen der Entscheidungstheorie

Entscheidungen sind nichts anderes als "der Prozess der Wahl einer Handlung aus einer Reihe von Handlungsalternativen im Hinblick auf einen bestimmten Zielwert." ²⁰¹⁾ Das Verhalten des Actors erscheint als zweckgerichtet, "teleologisch" ²⁰²⁾, allein der strategischen Optimierung die-

196) Grün, Art. "Entscheidung", in: Handwörterbuch der Organisation, Sp. 474 - 484 mwN.; Simon, Das Verwaltungshandeln; Naschold, Systemsteuerung, S. 30 ff.; König, Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft, S. 264 ff.; Schmitt-Glaeser, VVDStRL 31, 1973, S. 179 ff., S. 193 ff.; Luhmann AöR 94, 1969, S. 1 ff.; Gäfgen, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, passim.

197) vgl. Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, S. 246 ff. zur mangelnden Beweisbarkeit von Werturteilen.

198) So vor allem vom Standpunkt der herkömmlichen Gesetzesauslegungslehre Forsthoff, Festschrift für Carl Schmitt, S. 35 ff., S. 41.

199) Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 55 ff.; vgl. hierzu Esser, Vorverständnis, S. 205 ff.; Schmidt, AöR 96, 1971, S. 321 ff., S. 329.

200) Brohm VVDStRL 30, 1972, S. 245 ff., S. 289 f.; mit wesentlich anderer Akzentuierung Bachof VVDStRL 30, 1972, S. 193 ff., S. 231 f. Vgl. auch den Diskussionsbeitrag von M. Bullinger aaO S. 337 ff.

201) Frieder Naschold, Systemsteuerung, S. 31.

202) Gäfgen, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 23.

nend, wie auch immer diese Strategie beschaffen ist. Je nach der Vollkommenheit der Rationalitätsannahme, wie sie in der Zielstrebigkeit des Verhaltens ausgedrückt wird, lassen sich verschiedene Abstufungen unterscheiden: die normativen sowie die deskriptiven Entscheidungstheorien.

3.4.1.1. Normative Entscheidungstheorie (closed decision model)

Die normative Entscheidungstheorie beruht in ihrer klassischen Form²⁰³⁾ auf dem Modell des homo oeconomicus. Nach der Grundannahme der klassischen Theorie bestehen vollkommene Informationen über die Handlungsalternativen mit den zugeordneten Handlungsergebnissen und über das Wertesystem. Weiterhin besitzt der Entscheidungsträger die Fähigkeit, aufgrund des Wertesystems die optimale Alternative berechnen zu können. Abweichend hiervon treten in den modernen Ausprägungen der normativen Entscheidungstheorie an die Stelle vollkommener Information statistische Wahrscheinlichkeiten über Handlungsalternativen und deren Resultate (statistische Entscheidungstheorie²⁰⁴⁾) bzw. die Simulierung von Konfliktsituationen (Spieltheorie²⁰⁵⁾).

3.4.1.2. Deskriptive Entscheidungstheorie (open decision model)²⁰⁶⁾

Demgegenüber geht die deskriptive Entscheidungstheorie der modernen Verwaltungs- und Sozialforschung, die sich selbst als Weiterentwicklung des normativen Modells versteht, von einer sehr begrenzten Rationalitätsannahme aus. Orientiert am faktischen Handeln von Entscheidungssystemen wird die Informations- und Kalkulationsfähigkeit eingeschränkt.

203) Vgl. Naschold, Systemsteuerung, S. 34 f. Die klassische Theorie der Unternehmensentscheidung stellte den weisen, aber zugleich egoistischen homo oeconomicus in den Mittelpunkt und gelangt so zu einer Kalkulierbarkeit des Grenznutzens (z.B. Bestimmung des gewinnmaximalen Monopolpreises).

204) Hierher gehören alle Modelle der Unternehmensforschung (operations research), bei denen der zukünftige Bedarf eines Erzeugnisses mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung beschrieben wird.

205) Im Rahmen der Spieltheorie werden vor allem preis- und investitionspolitische Fragen untersucht, so wenn z.B. ein Unternehmer bei der Beurteilung einer grösseren Aktion mögliche Trendentwicklungen unterstellt, von denen nichts näher bekannt ist.

206) Vgl. hierzu Naschold, Systemsteuerung, S. 48 ff. Hintergrund ist die individualpsychologische Entscheidungstheorie, die unter Entscheidung die "Selektion erfolgreicher Verhaltensweisen" versteht.

Entscheidung erscheint zwar weiterhin als variabel zielgerichteter Prozess, ist jedoch abhängig von der psychischen und sozialen Struktur des Systems sowie von dessen Lerngeschichte, das damit in den Mittelpunkt des Interesses gerückt wird.

Im Gegensatz zur normativen Theorie, deren Schwerpunkt in der Ordnung von Handlungsalternativen und zugehörigen Resultaten liegt, betrachtet die deskriptive Theorie das tatsächliche Handeln des Entscheidungsträgers, das damit implizit gebilligt wird. Durch die Senkung des Anspruchsniveaus und einen Verzicht auf präskriptive Aussagen erreicht die deskriptive Theorie eine grosse Realitätsnähe. Demgegenüber lassen sich mit den normativen Modellen um den Preis einer relativen empirischen Leere Entscheidungssituationen formalisieren und präzisieren und damit auch die formallogische Ableitung einer Entscheidung allgemeingültig erklären. 207)

3.4.2. Rechtsanwendung als Entscheidung

Inwieweit lassen sich nun die Grundannahmen der Entscheidungstheorie für unsere Untersuchung von Ermessens- und unbestimmten Rechtsbegriffen fruchtbar machen?

Ohne grössere Schwierigkeiten fügen sich Ermessensentscheidungen in das Zweck - Mittel - Schema der Entscheidungstheorie ein, da bei ihnen bereits ex definitione mehrere gleichwertige Alternativen möglich sind. Die Arbeit des Entscheidungsträgers beschränkt sich in diesem Falle darauf, die zu den vorgegebenen Alternativen gehörigen Zielbestimmungen zu ermitteln, entsprechend seiner Präferenzskala die ermittelten Ziele zu ordnen und schliesslich diejenige Alternative zu wählen, mittels derer sich die Ausgangslage in einen der Ziellage entsprechenden Zustand versetzen lässt. Etwas anderes scheint dagegen für unbestimmte Rechtsbegriffe zu gelten, da bei ihnen die Entscheidungsfindung nicht nach dem Zweck - Mittel - Schema, sondern nach den festen Wenn - Dann Regeln eines Konditionalprogrammes abläuft. 208) Das sonst bei Entscheidungen erforderliche Optimierungskalkül erscheint bereits als vorweggenommen,

207) Naschold, Systemsteuerung S. 48.

208) Zur Unterscheidung von Zweckprogramm und Konditionalprogramm Esser, Vorverständnis, S. 145 ff.; Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, S. 35 ff.

so dass die Handlung des Entscheidungsträgers nur in der Feststellung der Ausgangslage besteht; Überlegungen zur Ziellage und zum erforderlichen Mitteleinsatz sind hingegen im Falle der Konditionalprogrammierung abgeschnitten. Aufgrund dieses Gegensatzes von Zweckprogramm und Konditionalprogramm gelangt daher Luhmann zu einer Unterscheidung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen ²⁰⁹⁾

Diese Unterscheidung begegnet aber gewichtigen Bedenken. Auf die eigenartige Verschränkung von Mittel und Zweck hat Simon hingewiesen: "Der Umstand, dass Zwecke hinsichtlich ihrer Stärke von anderen entfernteren Zielen abhängig sein können, führt zu ihrer Einordnung in eine Hierarchie, in der jede Stufe in bezug auf die tieferen Stufen als ein Zweck, in bezug auf die höheren Stufen als ein Mittel anzusehen ist." ²¹⁰⁾ Die hieraus ableitbare Unterscheidung von programmierenden und programmierten Entscheidungen wurde von Luhmann aufgegriffen und mit einigen "charakterischen Akzentverschiebungen" ²¹¹⁾ in seine Theorie der Verwaltung eingearbeitet. Die für juristische Entscheidungen typische hypothetisch-konditionale Formulierung mittels eines Wenn - Dann Satzes wird als Konditionalprogramm einem neuen Begriff des Zweckprogramms gegenübergestellt. ²¹²⁾ Rechtssetzung als programmierende Rechtsanwendung wird von der programmierten Entscheidungstätigkeit entsprechend den unterschiedlichen Entscheidungsprämissen, wie Folgenverantwortung und Legitimitätsbeschaffung organisatorisch streng getrennt und den unterschiedlichen Teilsystemen Politik und Verwaltung zugewiesen. ²¹³⁾ Folgerichtig gelangt Luhmanns Systemtheorie zu einer Ablehnung einer entscheidungstheoretischen Interpretation der Norm als Wahlakt, da damit das Erfordernis "einer garantiert - richtigen Entscheidung" impliziert werde. ²¹⁴⁾

209) Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, S. 39 f.

210) Simon, Verwaltungshandeln, S. 44

211) So W. Schmidt AÖR 96, 1971, S. 321 ff., S. 327; Vgl. weiterhin die Kritik zu Luhmanns Systemtheorie von Esser, Vorverständnis, S. 205 ff.

212) Luhmann AÖR 94, 1969, S. 1 ff., S. 3 ff.; ders., Theorie der Verwaltungswissenschaft, S. 74 f.

213) Luhmann AÖR 94, 1969, S. 5.

214) Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 73 Auch die Entscheidungstheorie in ihrer deskriptiven Ausformung begnügt sich mit einer bounded rationality und damit der relativ besten Entscheidung. Völlig möchte aber auch Luhmann nicht auf die Entscheidungstheorie verzichten; vgl. Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 215.

Nun lassen sich aber wegen des ständigen Informationsdefizits aller Handlungssysteme Konditionalprogramme nicht immer als Entscheidungs-algorithmen fixieren²¹⁵⁾; noch kann es ein Zweckprogramm, d.h. eine Entscheidung über Entscheidungen ohne Berücksichtigung von Nebenbedingungen bei der Auswahl der günstigsten Mittel geben.²¹⁶⁾ Vielmehr ist es doch so, dass nicht alle Zwecke in dem Sinne instruktiv sind, "dass sich aus ihnen richtige Mittel, geschweige denn einzig richtige Mittel ableiten liessen."²¹⁷⁾ Daraus lässt sich allenfalls mit Simon eine Unterscheidung von operational and nonoperational goals beziehungsweise von programmierten (Routineentscheidungen) und unprogrammierten Entscheidungen ableiten.²¹⁸⁾

Die Parallele zum vergleichbaren Problem in der Rechtswissenschaft, nämlich der Gewinnung von Mittelbegriffen, die ebenso wie Zweckprogramme den Rechtssätzen zugeordnet werden sollen, ist unverkennbar.²¹⁹⁾ Luhmanns Unterscheidung von konditional und zweckprogrammierten Entscheidungen entspricht voll dem herrschenden Gesetzesanwendungsverständnis, das die juristische Entscheidung im wesentlichen als neutralisierte "Wenn - Dann" Automatik auffasst.²²⁰⁾

Die von Benennungen wie "Programm" und "programmiert" ausgehende Anziehungskraft²²¹⁾ eignet sich jedoch nur zu einem geringen Teil zum Erfassen der juristischen Entscheidungstätigkeit. Dass ein unablässiges "Denken in Alternativen" nicht nur für die Entscheidungstheorie, sondern auch gerade für die Jurisprudenz typisch ist, belegt Larenz am Beispiel einander ausschliessender Begriffspaare.²²²⁾ Die methodische

215) Algorithmisch formalisierte Probleme lassen sich in eine endliche Zahl von logischen Denkschritten zerlegen. Die Entwicklung eines Algorithmus setzt aber ein axiomatisiertes Logikkalkül voraus, da nur dann die Aussagen tautologische Umformungen der Axiome darstellen. Innerhalb eines nicht axiomatisierten Systems muss die Lösung abgebrochen werden; vgl. Kilian, juristische Entscheidung und EDV S. 21, S. 256 f.

216) W. Schmidt AÖR 96, 1971, S. 321 ff., S. 332 f.

217) Luhmann, Der Staat 3, 1964, S. 129 ff., S. 135.

218) Simon, Verwaltungshandeln, S. 74

219) Vgl. W. Schmidt, AÖR 96, S. 321 ff., S. 338, der die von ihm als "Vollzugsmaxime" bezeichneten Mittelbegriffe durch ihre "Überschiesende Programmierungsfunktion" kennzeichnet.

220) Ebenso Kilian, Juristische Entscheidung, S. 67 f.; Schwerdtner, Rechtstheorie 2, 1971, S. 67 ff., S. 73; W. Schmidt AÖR 96, 1971, S. 321 ff., S. 331 ff.; Esser, Vorverständnis, S. 145 ff., S. 205 ff.

221) Steiger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 383 ff., S. 419; W. Schmidt AÖR 96, 1971, S. 321 ff., S. 336 f.

222) Larenz, Methodenlehre, S. 435.

Untersuchung von Makkonen schliesslich erbringt den Nachweis, dass der durch alternative Regelungen ausgelöste Wahlzwang sich nicht nur auf einige Ausnahmen beschränkt, sondern in der Masse aller juristischen Entscheidungssituationen anzutreffen ist.²²³⁾ Makkonen geht davon aus, dass alle Entscheidungssituationen sich aus Rechtstatsachen und Rechtsfolgen bilden²²⁴⁾ und dass beide in Rechtsnormen geschildert sind. "Die Entscheidung kann erst dann getroffen werden, wenn man weiss, was die in der betreffenden Sache gegebenen Tatsachen sind und was für Rechtsnormen (Entscheidungsanweisungen) existieren."²²⁵⁾ Bei Vorliegen eines so klar und deutlich gestalteten Falles, in dem "die anzuwendende Rechtsnorm der entscheidenden Instanz ohne weiteres sofort bekannt ist" (Isomorphiesituation)²²⁶⁾, konzentriert sich die Entscheidungsproblematik auf die Wahl der Rechtsfolge, deren Verbindlichkeit oft (beispielsweise im Falle eines Strafrahmens) gering sei. Auch bei der "Auslegungssituation" gelangt Makkonens Analyse zu einer Situation mit Wahlzwang, da es keine sicheren Kriterien gibt, dass der Bedeutungsinhalt des auslegenden Satzes richtig klar gemacht ist.²²⁷⁾ Da sich durch Berufung auf eine bestimmte Auslegungslehre verschiedene Ergebnisse erzielen lassen, bedeutet Auslegung nicht die Feststellung, sondern "Verleihung des Bedeutungsinhalts" entsprechend der Wertung der Rechtsfolge.²²⁸⁾

Auch juristische Regelungen lassen sich daher als Entscheidungsalternativen darstellen. Denn Entscheidungsalternativen sind nichts anderes als Handlungsmöglichkeiten, die jeweils unterschiedliche Resultate mit sich bringen und die je nach der Bewertung dieser Resultate einen bestimmten Platz in der für die Auswahl der Alternativen massgeblichen Wertordnung einnehmen.²²⁹⁾ Im Problematisieren von Rechtstexten, d.h. in ihrer Befragung auf die verschiedenen Deutungsmöglichkeiten hin vermittelt sich der Rechtsanwender zwar keinen Überblick über die verschiedenen infrage kommenden Handlungsmöglichkeiten; denn diese sind im Rechtsfolgeteil der Norm bereits fixiert. Die Bewertung der verschiedenen im Rechtstext be-

223) Makkonen, Zur Problematik der juristischen Entscheidung; vgl. hierzu die Besprechung von Horn, Rechtstheorie 1, 1970, S. 229 ff.

224) Makkonen, aaO., S. 13 ff.

225) Makkonen, aaO., S. 207.

226) Makkonen, aaO., S. 78.

227) Makkonen, aaO., S. 104 ff.

228) Makkonen, aaO., S. 111

229) Gäfgen, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 105.

schlossenen Deutungsmöglichkeiten in Abhängigkeit von Normzielen und Entscheidungsfolgen führt zur Entscheidung über die Frage, ob ein bestimmter Rechtsbegriff als erfüllt angesehen werden kann oder nicht und damit zu einem Optimierungsproblem.²³⁰⁾ So genügt beispielsweise das Verbot ruhestörenden Lärms zur Nachtzeit für sich allein noch nicht den Anforderungen einer konditionalen Programmierung. Erst durch Rückgriff auf den Normzweck und die Entscheidungsfolgen lässt sich feststellen, wann welcher Lärm ruhestörend ist. Andererseits werden auch Ermessensstatbestände durch Lösung des Optimierungsproblems zu einem Konditionalprogramm reduziert, da dann die als optimal errechnete Alternative als Rechtsfolge auszusprechen ist.

Sowohl Ermessenstatbestände wie unbestimmte Rechtsbegriffe sind daher nach den Bedingungen einer optimalen Mittelwahl programmierbar, ohne dass sich hierbei grundsätzliche Unterschiede erkennen lassen. Wenn dem gegenüber Luhmann zum Ergebnis kommt, dass das Recht "unter Umständen die optimale Zweckverwirklichung" blockiere²³¹⁾, so ist dies nur in seiner Reduzierung der Zielvorstellungen begründet. Für den Juristen massgebliche Ziele wie materiale Wahrheit, Gerechtigkeit, Rechtsschutz werden nämlich wegen ihrer Unstabilität für die Systemtheorie aufgegeben. Entsprechend einer funktional verstandenen Rationalität liegt der Wert einer Alternative in ihrem "Beitrag zur Erhaltung eines Systems oder zur Erhaltung bestimmter Systemzustände."²³²⁾

3.4.3. Bewertungsproblematik

Das Hauptproblem der Entscheidungstheorie liegt ebenso wie das der Rechtsanwendung in der Bewertung von Handlungsmöglichkeiten. Bewerten bedeutet hierbei aus formalrationaler Sicht vergleichende Einstufung von Elementen einer Menge von Handlungsmöglichkeiten.²³³⁾ Die Handlungsmöglichkeiten bei juristischen Auslegungsentscheidungen liegen in der Wahl, ob ein Rechtsbegriff als erfüllt anzusehen ist und damit auf den Sachverhalt angewandt werden kann oder nicht. Als Vergleichsfaktoren bieten sich hierbei alle diejenigen Gesichtspunkte an, die für die

230) Kilian, Juristische Entscheidung und Datenverarbeitung, S. 181.

231) Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, S. 138.

232) Luhmann, AÜR 94, S. 1 ff., S. 7

233) Gäfgen, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 140.

Auslegung erheblich sein können. Da die Faktoren oder Normziele sich selbst einer Bewertung entziehen, werden als Hilfskriterien für die Bewertung der Normziele die Konsequenzen einer Alternativenwahl sowie die Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Konsequenzen herangezogen. ²³⁴⁾ Je mehr ein Normziel entsprechend der zuvor festgestellten Wünschbarkeit zur Wahl einer Entscheidungsalternative beitragen soll, um so grösser muss ihr Gewicht sein. ²³⁵⁾ Durch die Gewichtung der Konsequenzen sowie der Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Konsequenzen erfolgt die für das Entscheidungskalkül erforderliche Transformation qualitativer Wertungen in solche quantitativer Art. ²³⁶⁾

In der deskriptiven Entscheidungstheorie hingegen wird wegen des Fehlens eines logisch konsistenten und befriedigenden Konzepts einer Werteskala ²³⁷⁾ die Erarbeitung des Zielsystems aus dem Entscheidungsprozess ausgegliedert und als Frage der Unternehmenspolitik behandelt. ²³⁸⁾ Aus der Einsicht heraus, dass "die Gesellschaft nicht ohne weiteres als eine kooperative Einheit mit gemeinsamer Wertskala und natürlicher Interes-

234) Podlech, AÖR 95, 1970, S. 185 ff.; S. 201 m.w.N. in Fn. 66; Kilian, Juristische Entscheidung, S. 211 ff.; Naschold, Systemsteuerung, S. 35 ff., S. 51 f.

Vom Standpunkt des Rechtspositivismus sind solche Folgenerwägungen "ein Übergriff des Juristen in den Bereich des rechtssetzenden Politikers"; so die zutreffende Charakterisierung bei Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 174.

235) Kilian, Juristische Entscheidung, S. 242.

236) Ein Beispiel einer sich hieraus ergebenden zweidimensionalen Entscheidungsmatrix findet sich bei Köhler, in: Arbeitsberichte zur Planungsmethodik, S. 63 ff., S. 76.

Nach Lücke, Kollektive Planungs- und Entscheidungsprozesse, S. 44 soll hierbei das "innere Modell" des Entscheidungsträgers als Wert- und Zielgrösse, an dem sich das Entscheidungshandeln orientiert, dienen. Zu fragen wäre wiederum, inwieweit dieses durch Lernprozesse erworbene Modell dem "Vorverständnis" des Juristen vergleichbar wäre.

237) Naschold, Systemsteuerung, S. 46

238) Vgl. hierzu Lehmbruch, Einführung in die Politikwissenschaft, S. 150, der aufgrund der Zielbestimmung durch die Verwaltung zum Ergebnis kommt, dass die Tätigkeit der Verwaltung "weit über den Gesetzesvollzug hinausgeht und so starke Auswirkungen auf die Regelung politischer Konflikte hat, dass man sie in der politikwissenschaftlichen Analyse als einen Bestandteil des politischen Systems behandeln muss." Diese Unterscheidung findet sich ebenfalls wieder bei Luhmann, AÖR 94, 1969, S. 1 ff. (zur Kritik des dort verwendeten Beispiels einer Prüfungssituation Esser, Vorverständnis, S. 146 f), wonach bei konditionalprogrammierten Entscheidungen Folgenerwägungen abgeschnitten sind, während zweckprogrammierte Entscheidungen dem Bereich der Politik zugeordnet werden.

senkonvergenz aufgefasst werden" ²³⁹⁾ kann, wird das Konzept einer vollständigen und in sich geordneten Werteskala ²⁴⁰⁾ aufgegeben. Statt dessen wird in mehr pragmatischer Weise versucht, durch Erarbeiten von problemorientierten Zielkonfliktsystemen Partialprobleme zu lösen. ²⁴¹⁾

Insgesamt lassen sich mit entscheidungstheoretischen Überlegungen die Einzelphasen des Rechtsanwendungsprozesses strukturieren. ²⁴²⁾ Dadurch wird die Jurisprudenz noch nicht zu einer "Mathematik des Rechts" (Ihering) hinaufgeschraubt, sondern nur aufgezeigt, wann und in welchem Umfang Wertungen erforderlich sind. ²⁴³⁾ Damit wird verhindert, dass Probleme durch Zugriff auf dogmatische Zusammenhänge in ihrer Komplexität reduziert werden, noch ehe die Komplexität befriedigend erfasst wurde. Die Entscheidungstheorie hilft also nur, das Problem zu fixieren, nicht aber die Entscheidung zu programmieren. ²⁴⁴⁾

Insgesamt lässt sich mit dieser Untersuchung unser bisheriges Ergebnis, dass bei der Anwendung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen kein Unterschied besteht, entscheidungstheoretisch abstützen. Das setzt allerdings die Einsicht voraus, dass juristisches Denken sich nicht in analytischen Abstraktionen vollzieht, sondern primär problemorientiert ist. Die parallel zur juristischen Methodik verlaufenden Forschungsrichtungen, die Abkehr von synoptischen Zielstrategien zu problemorientierten Zielkonflikt-Systemen, die Erkenntnis begrenzter menschlicher Informations- und Kalkulationskapazität scheint mir die Richtigkeit der oben dargestellten methodischen Erkenntnisse zu bestätigen.

239) Myrdal, Das politische Element, S. 145 ff., zitiert bei Lücke, Kollektive Planungs- und Entscheidungsprozesse, S. 24 Anm. 2.

240) Hiermit wäre wieder der vergebliche Versuch, in der Jurisprudenz ein axiomatisch-deduktives System zu schaffen, zu vergleichen.

241) Vgl. Naschold, Systemsteuerung, S. 64 zu den Ansätzen des "dis-jointed incrementalism"; Lücke, Kollektive Planungs- und Entscheidungsprozesse, S. 8 ff.; Storbeck, Zielkonflikt-Systeme als Ansatz zur rationalen Gesellschaftspolitik, S. 74.

242) Vgl. die entscheidungstheoretische Problemanalyse für die Auslegung von § 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB von Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, S. 277 ff.

243) Kilian, aaO., S. 206.

244) W. Schmidt, AÖR 96, 1971, S. 321 ff., S. 333.

3.5. Konkretisierungsprimat der Verwaltungsbehörden

Die Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie von Ermessenstatbeständen ist wegen der hierbei zu vollziehenden Wertungsvorgänge entgegen dem positivistischen Subsumtionsideal ein vielschichtiger Prozess, der sich einer eindeutigen Abgrenzung zur Rechtsbildung entzieht.²⁴⁵⁾ Da die Entscheidung bei der Anwendung von Ermessenstatbeständen sowie bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen nicht eindeutig sein kann, scheint eine gerichtliche Kontrolle über die Kontrollfunktion hinaus in den Bereich der Verwaltungsverantwortung hineinzugreifen. Dass Gerichtsbarkeit mehr bedeutet als Rechtsverwirklichung ohne subjektive Divergenzspannen, ist vor allem für den Bereich des Zivilrechts längst erkannt. Doch dort geht es darum, "dass der Zivilrichter die erste mit staatlicher Autorität begabte Instanz ist, die über die Rechtmässigkeit entscheidet. Dagegen liegt für den Verwaltungsrichter bereits eine staatliche Entscheidung einer Verwaltungsbehörde vor, die nachvollzogen wird."²⁴⁶⁾ Vorwiegend unter dem Eindruck einer vornehmlich zivilrechtlich bestimmten Methodenlehre stellt man aber fest, "dass der Richter und seine Funktion dem Gesetz gegenübergestellt wird und im Zentrum des Themas steht", während die Exekutive und die Rechtswissenschaft nur am Rande Erwähnung findet.²⁴⁷⁾ Da die richterliche Konkretisierung von unbestimmten Gesetzesbegriffen sowie die Anwendung von Ermessensklauseln sowohl unter dem Gesichtspunkt des Richterrechts²⁴⁸⁾ wie auch als Problem der Kompetenzabgrenzung von Exekutive und Jurisdiktion²⁴⁹⁾ diskutiert wird, muss für den Bereich von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriff zunächst das Verhältnis beider Problemkreise bestimmt werden.

3.5.1. Richterrecht als Problem der Rechtsanwendung und Gesetzesbindung

Die mit dem Ausdruck "Richterrecht" als verfassungsrechtliches und rechtstheoretisches Problem bezeichnete Erscheinung hat ihre Ursache in

245) Fr. Müller, Normstruktur, S. 46.

246) Bachof, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 34, 1976, S. 289

247) Hans Heinrich Rupp, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, S. 1769.

248) Badura, Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts, Sonderdruck, bei Fn. 24.

249) So die Literatur durchweg; vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 312; Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 45 f.

einer Dezentralisierung der Rechtsbildung. Der nach unserer Verfassungsordnung für die Rechtsbildung zunächst allein zuständige parlamentarische Gesetzgeber erhält wegen "der Eigenart des Rechts und wegen der Funktion der Rechtsprechung im Rechtsprozess" in der Rechtsprechung eine natürliche Konkurrenz.²⁵⁰⁾ Zwar ist die Abgrenzung von Gesetzgebung und Rechtsprechung ein staatsrechtliches Problem; die Bestimmung von Recht und Gerechtigkeit in einer konkreten Rechtsgemeinschaft überschreitet aber "die Positivität einer gegebenen Rechtsordnung".²⁵¹⁾ Wegen dieser Fundierung der Rechtsprechung durch das Gesetz entsprechen daher nicht kasuistische Kategorien, sondern der Begründungszusammenhang mit dem positiven Recht und den richterrechtlich konstituierten aussergesetzlichen Rechtsregeln²⁵²⁾ dem Wesen der "Rechtsanwendung". Andererseits kann aber das Gesetz, an das die Verfassung den Richter bindet, im Einzelfall nur unter "Zuhilfenahme prinzipieller Vorstellungen über Recht und Gerechtigkeit" konkretisiert werden.²⁵³⁾ Da diese Konkretisierung nicht vom positiven Gesetz, wohl aber durch den Richterspruch erreicht wird, "kann die Unterworfenheit des Richters unter das Gesetz im Einzelfall in eine Abhängigkeit der Regelungswirkung des Gesetzes vom Richterspruch umkehren."²⁵⁴⁾

Die richterliche Rechtsbildung umfasst so verschiedenartige Erscheinungen wie die Auslegung eines Gesetzes im Rahmen einer Einzelfallentscheidung, Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Gesetzesbegriffen, Erfassung und Entwicklung von Rechtsgrundsätzen und Rechtsinstituten sowie schliesslich die rechtsfortbildende Anpassung des Gesetzesrechts an soziale und politische Veränderungen. Verfehlt wäre es, gerade unter Bezug auf die anpassende Rechtsfortbildung das Richterrecht generell als politische Tätigkeit oder Gestaltung zu charakterisieren; denn die "dem Richter aufgegebenen Gerechtigkeit der konkreten Entscheidung"²⁵⁵⁾ kann nur auf dem Boden der "Gültigkeit der Methode und der Pflichtgemässheit der Überzeugungsbildung"²⁵⁶⁾ erreicht werden.²⁵⁷⁾

250) Badura, aaO., bei Fn. 3.

251) Badura, aaO., bei Fn. 4.

252) Badura, aaO., bei Fn. 6 und Fn. 51; vgl. weiterhin zur unabdingbaren Notwendigkeit des Begründungszusammenhangs für die Richterrechtsbildung vor allem Lerche, DVBl. 1961, S. 690 ff., S. 691 sowie Esser, Grundsatz und Norm, S. 85.

253) Badura, aaO., bei Fn. 7.

254) Badura, aaO., bei Fn. 7.

255) Badura, aaO., bei Fn. 50.

256) Badura, aaO., bei Fn. 73.

257) Vgl. zum Ganzen auch Larenz, Methodenlehre, S. 418.

Die eingangs gemachte Bemerkung, wonach immer das Richterrecht im Zentrum der mit der Gesetzesanwendung verknüpften Probleme steht, erklärt sich letztlich mit der besonderen Ausgestaltung des Rechtsprechungsprozesses, mit der Rechtskraftwirkung gerichtlicher Entscheidungen sowie mit der der Rechtsprechung eingeräumten Kontrollfunktion. Trotz der daher rührenden Rolle der Rechtsprechung als "Motor der Aktualisierung des Rechts und seiner Bewährung vor stets wandelnden Erwartungs- und Verständnishorizonten" ²⁵⁸⁾ darf aber nicht übersehen werden, dass das oben angesprochene rechtstheoretische Problem der Konkretisierung des positiven Gesetzes sich auch für die Exekutive in gleichartiger Weise stellt. Auch Verwaltung ist - wenn auch nicht ausschliesslich - Rechtsverwirklichung bzw. (subsumtionsmässige) Rechtsanwendung. Diesen Aspekt, die Konkretisierung abstrakter Gesetze unter Zuhilfenahme prinzipieller Gerechtigkeitsvorstellungen hat die Verwaltung mit der Rechtsprechung gemein. So spricht der in Gesetzen vielfach niedergelegte Auftrag zur Sozialgestaltung eine Aufgabe der Exekutive an; erst wenn die Exekutive in der interpretatorischen Entfaltung der wahrzunehmenden Gestaltungsaufgabe fehlgeht, ist Raum für eine richterliche Korrektur. Da aber die Konkretisierung abstrakter Gesetze nur unter Zuhilfenahme prinzipieller Gerechtigkeitsvorstellungen möglich ist, ist zu fragen, wieweit die Rechtsprechung an die von der Verwaltung gefundene Konkretisierung gebunden ist. Die Bedeutung dieses Problems wird wiederum durch die Diskussion um die Nachprüfbarkeit von Ermessenstatbeständen und unbestimmten Rechtsbegriffen illustriert. Daher ist es nicht verwunderlich, dass Probleme des Verwaltungsrechts auch unter der Überschrift "Richterrecht" geprüft werden. Dahinter verbirgt sich die - bereits oben erwähnte - Subsumtionsproblematik sowie die Frage, wie eng die Bindung der Verwaltung und der Rechtsprechung an das Gesetz sein muss.

Für die Abgrenzung von Verwaltung und Rechtsprechung taucht die Subsumtionsproblematik praktisch zweifach auf. Nach dem hier dargelegten Verständnis der Rechtsanwendung bedarf es bei der Konkretisierung von Ermessenstatbeständen und unbestimmten Rechtsbegriffen immer des Rückgriffs auf ein irgendwie bestimmtes Vorverständnis. Dieser Rückgriff ist sowohl bei der Konkretisierung durch die Gerichtsbarkeit wie auch bei der Konkretisierung durch die Verwaltung erforderlich. Dieser Rück-

258) Esser, Vorverständnis, S. 177.

griff ist aber nicht voll rationalisierbar wegen des umgangssprachlichen Mediums und damit auch nicht vollständig rekonstruierbar. Hierdurch wird die Gefahr abweichender Entscheidungen und Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit begründet, obwohl möglicherweise beide Entscheidungen juristischen Richtigkeitsansprüchen genügen. Von der herrschenden Meinung wird dieses Problem dadurch gelöst, dass Ermessenstatbestände und unbestimmte Rechtsbegriffe unterschiedlich behandelt werden.

3.5.2. Ermessenstatbestände und unbestimmte Rechtsbegriffe als Kompetenzproblem

Praktische Bedeutung hat die Ausklammerung der unbestimmten Rechtsbegriffe aus den Ermessensermächtigungen "vor allem für die Frage der Nachprüfung auf Rechtmässigkeit (sei es durch den Richter, sei es durch die Rechtsaufsichtsbehörde)." ²⁵⁹⁾ Diese prozessualen Konsequenzen sind es, die die herrschende Lehre davon abhalten, auch Ermessensermächtigungen als Rechtsanwendung zu qualifizieren und damit wieder zu einem einheitlichen Ermessensbegriff zu kommen. Die befürchtete Konsequenz richterlicher Vollkontrolle sollte die herrschende Lehre aber eigentlich unbeeindruckt lassen, da auf dem Gebiet der unbestimmten Rechtsbegriffe längst anerkannt ist, dass auch bei völliger normativer Fremdbestimmtheit des Verwaltungshandelns gerichtsfreie Räume gegeben sein können. Von Ehmke stammt der Hinweis, dass es auf dem Boden der positivistischen Gesetzesanwendungstheorie keine Möglichkeit gibt, anzunehmen, dass die Verwaltung zwar rechtsunterworfen, aber nicht gerichtsunterworfen sei; "vom rechten Verständnis der Aufgaben von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zueinander ist das - wie u.a. auch die ausländische Erfahrung zeigt - sehr wohl möglich." ²⁶⁰⁾ Dazu bedarf es der Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Verwaltung, die aufgrund ihrer selbständigen Funktion in der verfassungsrechtlichen Ordnung eigenverantwortlich die Angelegenheiten des Gemeinweins und ihrer Mitglieder besorgt, ²⁶¹⁾ und Verwaltungsgerichtsbarkeit, die unter der Verpflichtung des Art. 19 Abs. 4 GG zu vollständiger Kontrolle im Bereich rechtli-

259) Lerche, Art. "Ermessen", in: Staatlexikon, Sp. 12

260) Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 48 unter Bezugnahme auf Steindorff, Die Nichtigkeitklage, S. 53 ff.; Zur grundlegenden Kritik dieser Auffassung siehe Jesch, AÖR 86, 1961, S. 491 ff., S. 496.

261) vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 217; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht Band 1, § 2 III, S. 12 f.

cher Bindungen steht.²⁶²⁾ Dass es sich hierbei um ein Kompetenzproblem handelt, verdeutlicht die vom BVerwG beanspruchte "Befugnis zur letztverbindlichen Auslegung des objektiven Rechts", die anders als die Befugnis zur Ermessensausübung "nicht der Verwaltung, sondern durch Art. 19 Abs. 4 GG den Gerichten übertragen sei.²⁶³⁾ Wann immer eine in Vollzug eines Gesetzes ergangene Massnahme auf ihre Rechtmässigkeit hin geprüft wird (§ 113 Abs. 1 VwGo), dann ist wegen der Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit des anzulegenden Prüfungsmaßstabes die Frage nach dem Konkretisierungsprimat gestellt.²⁶⁴⁾ Hier kann die herrschende Lehre, die Ermessen nur auf der Rechtsfolgeseite als partielle Freiheit von gesetzlicher Bindung zulassen will, "schlichte Einfachheit, aber immerhin lichte Klarheit"²⁶⁵⁾ für sich verbuchen; der Preis hierfür besteht in einer gekünstelten Differenzierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen. Demgegenüber ist es ungleich schwerer, vor dem Hintergrund sich ändernder Vorstellungen über Stellung und Aufgaben rechtsprechender Gewalt²⁶⁶⁾ die grundsätzliche Verbindlichkeit des Eigenwillens der Verwaltung zu begründen, wenn man Ermessens- wie unbestimmte Rechtsbegriffe gleichermassen als Rechtsanwendung qualifiziert und damit eine überholte Unterscheidung aufgibt. Aus § 114 VwGo kann sich keine Begrenzung der gerichtlichen Überprüfung ergeben,²⁶⁷⁾ da der dort angesprochene "Zweck der Ermächtigung" selbst wiederum auslegungsfähig und -bedürftig ist und damit in seiner Determinationswirkung²⁶⁸⁾ wiederum von der vorgängigen Klärung richterlicher "Kontrolldichte"²⁶⁹⁾ abhängt. Die bisher zur Begründung der Letztkompetenz der Verwaltung vorgetragenen Argumente konnten bislang nicht vollständig überzeugen.

262) Bettermann, Grundrechte Band III/2, S. 779 ff.; Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, insbes. S. 45 ff.; Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 11 ff.

263) BVerwG Urteil vom 10.12.1969 - VIII C 104.69 - BVerwGE 34, S. 278 ff., S. 281 = NJW 1970, S. 675 ff. = DVBl 1970, S. 358 ff. = DÖV 1970, S. 275 ff.; Ossenbühl, DVBl. 1974, S. 309 ff., S. 310.

264) Zum Konkretisierungsprimat im Verhältnis Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit Zippelius NJW 1975, S. 914 f.

265) Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, S. 20 f.

266) Vgl. Redeker DÖV 1971, S. 757 ff., S. 758.

267) Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, S. 160.

268) Diese kommt deutlicher in § 65 des WürttbG. Entwurfs einer Verwaltungsrechtsordnung zum Ausdruck: "Soweit die Vornahme von Verwaltungsakten oder die Bestimmung ihres Inhalts im Ermessen der Verwaltungsbehörde liegt, ist die Entscheidung nach sachlichen Gesichtspunkten unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Interesses und der Einzelinteressen zu treffen."

269) Vgl. Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 335.

3.5.3. Beschränkungen der gerichtlichen Kontrollpflicht bei der Überprüfung von Ermessenstatbeständen und unbestimmten Rechtsbegriffen

Aufgrund der besonderen Sachkunde und Spezialkenntnisse im Interesse der "normbildenden Kontinuität der ergangenen Entscheidung" alle vertretbaren Entscheidungen mit einer Rechtmässigkeitsvermutung zugunsten des primären Kompetenzinhabers belegen²⁷⁰⁾ zu wollen²⁷¹⁾, begegnet all den Bedenken, die bereits gegen das Postulat grösserer Sachnähe der Verwaltung vorgebracht wurden.²⁷²⁾ Eine solche Rechtmässigkeitsvermutung²⁷³⁾ lässt sich nur schwer mit dem Wesen gerichtlicher Entscheidung vereinbaren. Auch wenn "der Zwang zu einer Entscheidung mit der Ungewissheit über Entscheidungsvoraussetzungen oder -folgen kollidiert und diese Ungewissheit durch den Rückgriff auf einen erfahrungsgemäss steilen Regelverlauf der Entscheidungskriterien, wenn nicht behoben, so doch gemindert werden kann"²⁷⁴⁾, sollte doch nicht die Bestandskraft von Verwaltungsakten bis zu deren erfolgreicher Anfechtung auf die Konstruktion einer Rechtmässigkeitsvermutung gestützt werden.²⁷⁵⁾

Ähnliche Bedenken sind gegen die Konstruktion einer durch nicht mitteilbare Imponderabilien²⁷⁶⁾ oder durch eine unüberwindliche Tatsachendivergenz²⁷⁷⁾ begründete Pattsituation, die eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle erforderlich machen, zu erheben. Die insbesondere auch im Revisionsverfahren auftretenden Schwierigkeiten, Tatsachen und Rechtsbewertungsmerkmale und damit Sachfeststellung und Normverständnis zu trennen, liegen in der "Simultanbedeutung von Urteilsmassstäben."²⁷⁸⁾

270) Meder, Das Prinzip der Rechtmässigkeitsvermutung, S. 42 ff.; ihm folgend Lohmann, Die Zweckmässigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, S. 94 ff.

271) Kritisch Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 333.

272) Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 42 ff., S. 60 ff., Rupp, Grundfragen, S. 216.

273) Nachweise für eine Kritik dieser Figur finden sich bei Meder, Das Prinzip der Rechtmässigkeitsvermutung, S. 33 f., Fn. 4 - 9.

274) Meder, S. 36

275) Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht Band 1, § 50 I b 2 S. 414.

276) Jesch AÖR 82, 1957, S. 163 ff., insbes. S. 203

277) Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 76 ff.

278) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 61; vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 295 f.; Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 336 mit Fn. 70.

Wenn auch aus praktischen Gründen dort, wo die Beantwortung einer Rechtsfrage von der Berücksichtigung zahlreicher Einzelheiten des Sachverhalts abhängt, der Tatsacheninstanz ein gewisser Beurteilungsspielraum zuerkannt werden kann,²⁷⁹⁾ so lässt sich diese Motivation doch nicht für eine allgemeine Gewichtsverteilung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung verwenden. Denn eine logische und methodologische Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage wäre auch hier möglich.²⁸⁰⁾

Aber auch aus der Tatsache, dass Ermessen wie unbestimmte Rechtsbegriffe eine Frage des unbestimmten, erst noch von der Verwaltung zu konkretisierenden Tatbestands sind²⁸¹⁾, ergibt sich noch nichts für eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle dieser Konkretisierung. Die Vervollständigung des anzuwendenden Gesetzes geschehe durch die Bildung eines Masstabes, der als generalisierungsfähige Auslegungsmaxime "Rechtsatz und Rechtsquelle für künftige Verwaltungsakte"²⁸²⁾ darstelle. Erst diese Norm, deren Geltungskraft nicht begründet wird, soll die Grundlage für die betreffende Einzelfallentscheidung bilden; an sie soll auch das entscheidende Gericht gebunden sein, das deshalb "nur deren Gültigkeit am Masstab höherrangigen Rechts (d.h. das Freisein von Ermessensfehlern) überprüfen darf, dagegen gehindert ist, die in der Normsetzung liegende, eigentlich gestaltende Entscheidung (d.h. die Ermessensausübung) nachzuvollziehen."²⁸³⁾ Die notwendige Einschlebung von "Mittel-

279) Larenz, Methodenlehre, S. 297.

280) Larenz, Methodenlehre, S. 297; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 62 f.; Zur Revisibilität unbestimmter Begriffe Jesch, AÖR 82, 1957, S. 163 ff., S. 197 ff.

281) Schmidt-Salzer VA 60, 1969, S. 261 ff., S. 271; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 257; Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen, S. 57; Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 23. Schmidt-Salzer und Lorenz halten aber die Trennung von Ermessensermächtigungen und unbestimmten Rechtsbegriffen aufrecht, da es beim Ermessen auf eine Vervollständigung der Norm und damit eine Normgestaltung ankomme, während der unbestimmte Rechtsbegriff "lediglich im Wege der Subsumtion eine Entfaltung des Gesetzes auf den Einzelfall, also bloße Normanwendung" gestatte; vgl. Lorenz, aaO, S. 24 Fn. 25. Sieht man aber wie Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, S. 35 alles Verwaltungshandeln primär als "Rechtsverwirklichung" an oder betont man, wie hier gezeigt, den schöpferischen Charakter der Normanwendung, dann lässt sich diese Unterscheidung nicht mehr durchhalten.

282) W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, S. 136.

283) Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, Seite 23; ähnlich W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 133 ff.

begriffen" ²⁸⁴⁾ stellt jedoch keine für Ermessensermächtigungen typische Besonderheit dar; vielmehr geschieht Rechtsanwendung regelmässig so, dass "durch die Auslegung zwischen den unmittelbar dem Gesetz zu entnehmenden juristischen Obersatz und die Entscheidung des Falles nicht bloss ein Untersatz, sondern deren mehrere eingeschoben werden, die die Subsumtion erleichtern." ²⁸⁵⁾ Da dieser Mittelbegriff sich allein durch Interpretation des Obersatzes ergibt, besteht eine volle Überprüfbarkeit am Masstab des Obersatzes und des höherrangigen Rechts; daneben kann für eine Gestaltungsfreiheit kein Raum mehr sein. Auch wenn man die Qualifizierung des generalisierungsfähigen ²⁸⁶⁾ Mittelbegriffs als Rechtsnorm unterstellt, so bleibt doch unklar, woher hierbei ein gesetzgeberisches Ermessen ²⁸⁷⁾ hergeleitet wird. ²⁸⁸⁾

Eine Beschränkung der gerichtlichen Prüfungskompetenz leitet Scholz ²⁸⁹⁾ aus der vorrangigen Zweckkompetenz der Verwaltung, die durch "metajuristische Richtigkeitsansprüche" konstituiert wird, her. Während die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur juristischen Ansprüchen zu genügen habe, gehe Verwaltung über Rechtsverwirklichung bzw. Rechtsanwendung hinaus und stelle sich als Verwirklichung von rechtlichen wie ausserrechtlichen Staatszwecken dar. ²⁹⁰⁾ In diesem "metajuristischen Gestaltungsbereich" verfüge die Verwaltung über eine prinzipielle Entscheidungsprerogative. Da die gerichtliche Kontrolle primär Rechtsanwendung und -verwirklichung bedeute, bestehe ein Vorrang der richterlichen Entscheidung nur für den Bereich juristischer Richtigkeitsgewähr, nicht aber für die Bereiche, in denen die Verwaltung Zuständigkeiten mit metajuristischem Regelungsauftrag besitzt. ²⁹¹⁾ Da jede Verwaltungsentscheidung

284) Der Begriff geht zurück auf Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 24; zitiert bei Ule in Festschrift für Jellinek, S. 309 ff., S. 319.

285) Engisch, Einführung, S. 69.

286) Eine solche Generalisierungsfähigkeit ist aber fraglich, da jegliche Auslegung immer mit dem Blick auf den konkret zu beurteilenden Fall erfolgt.

287) So ganz deutlich Schmidt-Salzer VA 60, 1969, S. 261 ff., S. 283 f.

288) Kritisch zum Versuch verfassungsgesetzliche Tatbestände in das Schema: Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff einzuspannen. Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 330; ders., AÖR 90, 1965, S. 341 ff., S. 344.

289) Scholz, Verantwortungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 145 ff.

290) Scholz, aaO., S. 152.

291) Scholz, aaO., S. 155.

nur sekundär der Konkretisierung von Rechtszwecken, primär aber der Konkretisierung von Verwaltungszwecken dient, kann es keine Unterscheidung von Ermessensentscheidungen und solchen Entscheidungen geben, die in wertender Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe Beurteilungsspielräume ausfüllen. Scholz kommt daher zur Anerkennung eines einheitlichen Verwaltungsermessens, das sich typologisch in Tatbestands-, Rechtsfolge- und Gestaltungsermessens gliedert. ²⁹²⁾

So einleuchtend das Abgrenzungskriterium des metajuristischen Verwaltungszweckes zunächst erscheint, so bleibt doch die Frage nach den Bestimmungsfaktoren des "Metajuristischen" ²⁹³⁾ und damit nach der Tauglichkeit dieses Abgrenzungskriteriums. Gravierender scheint mir zu sein, dass die mittels der Verwaltungszwecke erfolgte Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung eine gewisse Affinität zur Stahl'schen Schranken-
 theorie aufweist. Denn wenn durch die Konkretisierung ausserrechtlicher Verwaltungszwecke Recht gesetzt wird, ²⁹⁴⁾ dann wird das Postulat durchgängiger Normierung aller staatlichen Tätigkeit (materieller Rechtsstaatsbegriff) zumindest aufgeweicht. ²⁹⁵⁾

3.5.4. Der verfassungsrechtliche Spielraum für einen Konkretisierungsprimat der Verwaltung

Selten sind einer Verfassungsnorm so schmückende Attribute verliehen worden wie der Rechtswegbestimmung des Art. 19 Abs. 4 GG, ²⁹⁶⁾ der nach Überwiegender Meinung als das "formelle Hauptgrundrecht" ²⁹⁷⁾ bezeichnet wird. Nach im Schrifttum ²⁹⁸⁾ und Rechtsprechung ²⁹⁹⁾ ganz Überwiegender Meinung wird diese Bestimmung als Garantie eines möglichst luk-

292) Scholz, aaO., S. 167.

293) Vgl. Hoffmann - Riem, AÖR 101, 1976, S. 89 ff., S. 96; Denninger, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 34, 1976, S. 297.

294) Vgl. Scholz, aaO., S. 161, S. 164.

295) Ebenso die Kritik von Götze, VVDStRL 34, 1976, S. 298.

296) Vgl. die Nachweise bei Dürig in Maunz - Dürig - Herzog, RdNr. 1 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

297) Friedrich Klein, VVDStRL 8, S. 85 ff., S. 123.

298) Dürig in Maunz - Dürig - Herzog, RdNr. 19 zu Art. 19 Abs. 4 GG; Hamann - Lenz, Grundgesetz, Anm. B 14 zu Art. 19; jeweils mit weiteren Nachweisen.

299) BVerfG, Beschluss vom 10. Okt. 1961 - 2 BvL 1 / 59 - BVerfG E 13, S. 153 ff., S. 161.

kenlosen, effektiven Rechtsschutzes verstanden, ³⁰⁰⁾ der die vollständige Nachprüfung des Verwaltungsakts in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch ein Gericht ermöglichen müsse. Kritik an diesem nahezu unumstößlichen Dogma wurde vor allem von Zeidler formuliert, der wegen der Gefahren für die Verantwortlichkeit ein "wechselseitiges Loyalitätsverhältnis" ³⁰¹⁾ zwischen Verwaltung und Rechtsprechung forderte.

Neuerdings mehren sich allerdings kritische Stimmen, die den Ansatz der herrschenden Meinung in Richtung auf ein Maximum an gerichtlicher Kontrolle in Zweifel ziehen. ³⁰²⁾ Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit muss hiernach ein Optimum an Kontrolle sein, "das das Rechtsschutzinteresse der Bürger mit dem Interesse der Bürger an einer leistungsfähigen Verwaltung in Übereinstimmung bringt." ³⁰³⁾ Zweifel an diesem Dogma vom lückenlosen Rechtsschutz stellen sich bei Durchsicht der neueren Rechtsprechung ohnehin ein. So sagt die Mehrzahl der Entscheidungen des BVerfG gerade nicht, was Art. 19 Abs. 4 GG alles an Rechtsschutzgarantien bietet, sondern es wird meistens nur klargestellt, was von dieser Garantie nicht umschlossen ist. ³⁰⁴⁾ In dem einen Sonderfall betreffenden Abhörurteil ³⁰⁵⁾ bejahte das BVerfG "die Ersetzung der gerichtlichen Kontrolle durch eine unabhängige Institution im Felde der Exekutive" jedenfalls dann, "wenn ein zwingender, sachlich einleuchtender Grund es erfordert und dadurch nicht der der rechtsprechenden Gewalt vorbehaltene Kernbereich berührt wird." Und auch das BVerwG ³⁰⁶⁾ ist mit seiner Ansicht im Vorlagebeschluss zu § 131 AO a.F. (§ 227 AO 1977)

300) Streit besteht darüber, ob die Rechtsetzung auch den Begriff der öffentlichen Gewalt umfasst. Vgl. hierzu die neueste Synopsis zum Stand der Meinungen bei Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 153 ff.

301) K. Zeidler, Der Staat, Band 1 (1962), S. 321 ff., S. 328; ähnlich Meder, Das Prinzip der Rechtmäßigkeitsvermutung, S. 33 ff.

302) Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 47 f.; Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen, S. 105 f., Redeker DÖV 1971, S. 757 ff., S. 578; Ossenbühl DÖV 1968, S. 618 ff.; ders., DÖV 1972, S. 401 ff., S. 402

303) Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 47.

304) Bettermann, AÖR 96, 1971, S. 528 ff., S. 529.

305) BVerfG Urteil vom 15.12.1970 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 2 BvR w08/69 - BVerfG E 30, S. 1 ff. = JZ 1971, S. 171 ff., S. 174 = NJW 1971, S. 275 ff. mit Anm. H.H. Rupp. Kritisch hierzu Häberle JZ 1971, S. 145 ff., S. 152 f.

306) BVerwG Vorlagebeschluss v. 13.2.1970 - VII C 75.66 - BVerwG E 35, S. 69 ff. = JZ 1971, S. 222 ff.

die volle Überprüfung von Auslegung und Subsumtion unbestimmter Rechtsbegriffe sei herkömmliche und anerkannte Aufgabe der Gerichte entsprechend dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 19 Abs. 4 GG, nicht durchgedrungen. ³⁰⁷⁾

Ohnehin verlangt Art. 19 Abs. 4 GG, wonach das Vorliegen einer Rechtsverletzung in jeder Hinsicht überprüft werden kann, nicht, dass über eine Rechtskontrolle hinausgehend auch die Zweckmässigkeit, Billigkeit und Angemessenheit der angegriffenen Entscheidung überprüft wird. ³⁰⁸⁾ Da nämlich Art. 19 Abs. 4 GG eine Rechtsverletzung als Voraussetzung verlangt, d.h. nur die Kontrolle der Rechtmässigkeit garantiert, ist sein Wirkungsbereich auf den Bereich rechtlicher Bindung der Verwaltung beschränkt. Das Handeln in Ausübung öffentlicher Gewalt ist also nur soweit gerichtsunterworfen, wie die Rechtsbestimmtheit reicht und Kontroll- und Funktionsnormen prinzipiell die gleiche Reichweite aufweisen. ³⁰⁹⁾ Wegen des Erfordernisses einer objektiv-rechtlichen Verfestigung der Beziehungen des Einzelnen zur öffentlichen Gewalt für das Eingreifen der Rechtsschutzgarantie kann der Gesetzgeber hier aber nicht völlig freie Hand haben. ³¹⁰⁾ Auch aus dem Gedanken der Einheit der Verfassung ³¹¹⁾ und dem damit verbundenen Interpretationsprinzip des schonendsten Ausgleichs ³¹²⁾ lassen sich gewichtige Bedenken dagegen geltend machen, im Widerstreit zwischen administrativem Gestaltungsauftrag und gerichtlicher Kontrolle die Rechtsschutzgarantie mit absolutem Vorrang auszustatten. Auch entspricht die für einen lückenlosen Rechtsschutz erforderliche totale rechtliche Durchnormierung ³¹³⁾ weder dem histori-

307) Vgl. Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 19.10.1971 - GmS - OBG 3/70 - BGHZ 58, S. 399 ff. = BVerwG E 39, S. 355 ff.

308) Bettermann AÖR 96, 1971, S. 528 ff., S. 550; allerdings ist der zitierte Beschluss vom 23.5.1967 - 2 BvR 534/62 - BVerfG E 22, S. 21 ff., S. 27 nicht so eindeutig in einer Beschränkung auf Rechtskontrolle, wie Bettermann meint.

309) Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 151 f.; Bettermann AÖR 96, 1971, S. 528 ff., S. 559; Jesch AÖR 82, 1957, S. 163 ff., S. 244.

310) a.A. Lorenz, aaO. S. 151/152 für den Bereich von Ermessens- und Beurteilungsentscheidungen. Vgl. hiergegen BVerfG Beschluss vom 12.11.1958 - 2 BvL 4, 26, 40/56, 1,7/57 - BVerfG E 8, S. 275 ff., S. 325 f. (zu § 2 PreisG), wonach auch der Gesetzgeber in der Einschränkung von Verwaltungsermessen begrenzt ist.

311) Vgl. hierzu Ehmke VVDStRL 20, 1963, S. 53 ff., S. 77 ff.

312) Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 125 ff.

313) Rupp, Grundfragen, S. 177 ff., S. 206.

schen, mehr formellen noch dem heute zugrunde gelegten materiellen Rechtsstaatsprinzip.³¹⁴⁾ Aber auch andere Fundamentalnomen wie Art. 3 Abs. 1 GG³¹⁵⁾ oder die Lehre vom Gesetzesvorbehalt³¹⁶⁾ vermögen die Möglichkeit gesetzesunabhängigen Verwaltungshandelns auszuschliessen. Ein Gerichtsschutz, der sich unabhängig vom materiellen Recht Prüfungsmaßstäbe setzen würde,³¹⁷⁾ würde bereits inhaltlich keine Kontrollfunktion mehr verkörpern.³¹⁸⁾ Im Lückenlosigkeitsdogma kann daher noch das Nachwirken des Gesetzespositivismus festgestellt werden, dessen Spuren hier durch die einseitige Kampfrichtung rechtsstaatlichen Gedankenguts gegen die Stahl'schen Schrankentheorie verdeckt wurden.

Die Rechtsschutzgarantie ist daher vom Gewaltenteilungsgrundsatz des Art. 20 Abs. 2 GG zu erfassen.³¹⁹⁾ Während das Gewaltenteilungsprinzip bisher nur als Mittel der Einschränkung und Bändigung der Staatsgewalt verstanden wurde,³²⁰⁾ wird demgegenüber heute hervorgehoben, dass Gegenstand der Gewaltenteilung eine Ordnung menschlichen Zusammenlebens sei, die die Kompetenzen der einzelnen Gewalten bestimme und ihre Zusammenarbeit regle.³²¹⁾ Auch wenn der geltenden Staatsgrundordnung noch die Dreiteilung der Staatsfunktionen mit ihrer begrifflichen Unschärfe zugrunde liegt,³²²⁾ kann doch die Interpretation der Gewaltenteilung als Frage sachgemässer Bestimmung und Zuordnung staatlicher Funktionen

314) Vgl. Scheuner, Festschrift Deutscher Juristentag, S. 252.

315) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 358 zu Art. 3 Abs. 1 GG: Art. 3 Abs. 1 GG begründe nur einen Anspruch, "dass bei der Gesetzgebung keine gleichheitswidrigen Unterlassungen erfolgen".

316) Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 8 ff. Lorenz, S. 14 ff., entnimmt der Rechtsschutzgarantie einen "Auftrag an das zur Rechtsetzung jeweils kompetente Organ, Rechtsnormen zu erlassen, wenn und sobald solche erforderlich sind" (S. 19).

317) Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 273 ff. misst der Rechtsweggarantie auch bei Reaktions- und Unterlassungsansprüchen nur für die Verfestigung von "im materiellen Recht bereits angelegten Linien" Bedeutung zu.

318) Redeker DVBl 1971, S. 371 ff., S. 372.

319) Zum Verhältnis beider Normen Bettermann AÖR 96, 1971, S. 528 ff., S. 563 ff.

320) Jarass, Politik und Bürokratie, S. 2 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

321) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 194 ff., 196

322) Achterberg, Probleme der Funktionslehre, S. 176; kritisch zu dieser schematisierten Dreiteilung Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 77 zu Art. 20 GG.

nicht ohne Einfluss auf das verfassungsrechtliche Verständnis der Rechtsschutzgarantie bleiben. ³²³⁾

Dieser Gesichtspunkt funktionaler Aufgabenverteilung und Aufgabenbewältigung lässt den Gerichten prinzipiell die Entscheidung offen, den Konkretisierungsprimat eines anderen staatlichen Organs wenigstens dann anzuerkennen, wenn bei der Auslegung von Gesetzesbestimmungen "deren schrankensetzender, also Spielraum für die politische Gestaltung lassender Charakter nicht ausser Betracht bleiben" dürfe. ³²⁴⁾ Damit verlagert sich das Problem auf die Frage, wann ein solches "Feld frei gestaltender Initiative" ³²⁵⁾ anzuerkennen ist, wobei nochmals zu betonen ist, dass aus Art. 19 Abs. 4 GG keine Garantie umfassenden Gerichtsschutzes ³²⁶⁾ und damit keine Beschneidung der spezifischen Eigenverantwortlichkeit der Verwaltung herzuleiten ist.

3.5.5. Wertungsspielraum als notwendige Folge einer hermeneutischen Rechtsanwendungsmethode

In unserer Strukturanalyse von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen, die wir im Anschluss an Engisch als Untergruppen der ein Werturteil verlangenden Begriffe gekennzeichnet hatten, wurde Rechtsanwendung durch "wertorientiertes Denken" gekennzeichnet. ³²⁷⁾ Die Notwendigkeit einer Wertung ergab sich daraus, dass sich die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen Einzelfall nicht mit scientistischer Eindeutigkeit bewirken lässt, sondern immer ein nur in Grenzen mögliches Verstehen der in einer Rechtsnorm beschlossenen Wertung erfordert. Dies wiederum, weil eben die Hermeneutik keine exakte Methode, sondern nur eine Technik des Verstehens und Argumentierens ist, die es immer wieder als fraglich erscheinen lässt, wann der Beweis für die Richtigkeit oder

323) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 194 f.; Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen, S. 22 ff.; Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, S. 56; ablehnend Jesch AÖR 82, 1957, S. 163 ff., S. 236.

324) BVerfG Urteil vom 31.7.1973 - 2 BvF 1/73 - BVerfGE 36, S. 1 ff., S. 14 (Grundlagenvertrag). Zu diesem judicial self-restraint als "Lebenselixier" der RSpr. Leibholz VVDStRL 20, 1963, S. 119.

325) Scheuner, Festschrift Deutscher Juristentag, S. 252.

326) Lerche ZZP 78, 1965, S. 1 ff., S. 20

327) Siehe oben unter 3.2.1. "Rechtsanwendung als hermeneutisches Problem".

Unrichtigkeit einer bestimmten Auslegung als geführt gelten darf.³²⁸⁾ Erinnert sei nochmals an das Bestreiten der Verifizierbarkeit von Werturteilen: "Die logische Analyse spricht ... das Urteil der Sinnlosigkeit über jede vorgebliche Erkenntnis, die über oder hinter die Erfahrung greifen will ... Entweder man gibt für "gut" und "schön" und die Übrigen in den Normwissenschaften verwendeten Prädikate empirische Kennzeichen an oder man tut das nicht. Ein Satz mit einem derartigen Prädikat wird im ersten Fall ein empirisches Tatsachenurteil, aber kein Werturteil; im zweiten Fall wird er ein Scheinsatz; einen Satz, der ein Werturteil ausspräche, kann man überhaupt nicht bilden".³²⁹⁾

Folgt man hieraus, dass letzte Werte oder Wertmasstäbe nicht beweisbar sind, so kann ein Werturteil nur unter Bezugnahme auf ein Ziel oder einen Zweck und nur für Vorstellungen oder Meinungen, die ein Einzelner oder eine Gruppe darüber hat, abgegeben werden.³³⁰⁾ Daraus folgt dann auch, dass Werturteile nur innerhalb dieser Reichweite als gültig anerkannt werden können.³³¹⁾ Diese Relativierung eines jeden Werturteils gilt naturgemäss nicht nur für das "Erfassen" oder "Vereinbaren"³³²⁾ von letzten oder höchsten Wertmasstäben; diese Unschärfe haftet vielmehr jeder Einordnung eines Sachverhaltes in eine schon als wertend ausgezeichnete Klasse an.³³³⁾ In der Beurteilung der analogischen Entsprechung von individuellem Sachverhaltsurteil mit dem normativen Obersatzurteil und der vorausgehenden Selektion entscheidungserheblicher Tatsachen liegt die entscheidende Wertung,³³⁴⁾ die nur in sachgerechter und vernünftiger Weise, nicht aber mittels zwingender Schlüsse erfolgen kann. Parallel zu diesen Erfahrungen der Rechtswissenschaft ent-

328) Zippelius NJW 1975, S. 914 ff., S. 95.

329) Carnap, Erkenntnis, Bd. 2, S. 237, zitiert nach Zippelius, Festschrift für Maunz, S. 507.

330) Vgl. hierzu die Ausführungen und nachweise bei Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, S. 249 ff.

331) Vgl. Habermas, Erkenntnis und Interesse, S. 319: "Allgemeine Interpretationen gelten, wenn sie gelten, für das forschende Subject und alle, die seine Stellung einnehmen können, nur in dem Masse, in dem diejenigen, die zum Gegenstand einzelner Interpretation gemacht werden, darin sich selber erkennen."

332) Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, S. 249.

333) Zippelius, Festschrift für Maunz, S. 507 ff., S. 518. Ob sich allerdings elementäre Werturteile nachvollziehen lassen, wie Zippelius aaO. S. 517 meint, erscheint als äusserst fraglich; siehe Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, S. 282 unten.

334) Esser, Vorverständnis, S. 107

deckte auch die Logik, dass sich die Logizität von Ableitungen bei tieferem Eindringen in die sprachliche Struktur verflüchtigt.³³⁵⁾ Schon daher geht die übliche Berufung auf eine korrekte, logische Ableitung einer Rechtsfolge aus dem Gesetz regelmässig fehl.³³⁶⁾ Die Rechtsentscheidung entsteht in diesen Fällen "nicht durch einen logisch notwendigen Schluss, sondern durch einen gutachtlichen Entschluss, der einen gutachtlichen Prozess impliziert".³³⁷⁾ Diesen gutachtlichen Prozess scheint mir aber der Begriff "Ermessen", der ex definitione eine Wahl "nach eigenem Abwägen"³³⁸⁾ beinhaltet, zu beschreiben.

Sind erst einmal die Ermessenselemente bei der Anwendung normativer Begriffe und damit die nur beschränkte Determinationskraft³³⁹⁾ solcher Gesetzestexte erkannt, so kann nicht mehr das "Ob", sondern nur noch der Umfang der Einschränkung gerichtlicher Kontrollrechte fraglich sein. Da dann nämlich eine Verifizierbarkeit im Sinne einer Reproduzierbarkeit³⁴⁰⁾ nicht gegeben ist,³⁴¹⁾ bedeutet ein abweichendes Ergebnis in der Kontrollinstanz noch nichts für die Unrichtigkeit des zur Überprüfung anstehenden Werturteils. Hierin liegt aber der vielfach erkannte Fehler der herrschenden Subsumtionstheorie, die auf dem Boden des Positivismus immer noch Rechtsanwendung mit wissenschaftlicher Verifizierbarkeit identifiziert und daher bei abweichendem Ergebnis zu einer

-
- 335) Horn, Rechtsatheorie 1, 1970, S. 229 ff., S. 233; Makkonen, Zur Problematik der juridischen Entscheidung, S. 48 f., S. 214 ff.; Zur Gegenüberstellung von "klassischer" und "mathematischer" Logik vgl. Kilian, Juristische Entscheidung, S. 79 f., S. 88 f.
 - 336) Makkonen, Zur Problematik, S. 82 erklärt diese "Illusion der gebundenen Entscheidung" mit den Anschauungen vom Charakter des Rechts als etwas Gegebenes, das es nur zu entdecken gelte.
 - 337) Jørgensen, Rechtsatheorie 2, 1971, S. 1 ff., S. 13
 - 338) Lerche, Art. "Ermessen", Staatslexikon, Sp. 12; ebenso § 65 Entwurf württ. VerwRO
 - 339) Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, S. 63; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 53.
 - 340) So ganz deutlich Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, S. 1, S. 7, der als Kriterium für die Richtigkeit der richterlichen Entscheidung ansieht, wenn "ein anderer Richter" ebenso entschieden hätte. Dieser Rekurs zum Beweis der Eindeutigkeit der Entscheidung auf einen fingierten empirischen Typus findet sich aber auch anderweitig, so im Verhaltensmasstab des "billig und gerecht Denkenden". Damit lässt sich aber, wie es in der anglo-amerikanischen Figur des "reasonable man" zum Ausdruck kommt, nur die Vertretbarkeit und Brauchbarkeit eines Ergebnisses begründen.
 - 341) Das wäre aber Voraussetzung für die Richtigkeit einer Entscheidung ist der scientistische Wissenschaftsbegriff, vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 221 ff.; Müller, Normstruktur und Normativität, S. 14.

Kassation der behördlichen Entscheidung gelangt. ³⁴²⁾ Rechtsanwendung hat es eben nicht mit Quantifizierbarem zu tun, so dass es hier auch keine Exaktheit geben kann. Bei Normen, die von vornherein an das Gesetzesverständnis und die Person des Rechtsanwenders appellieren, kann Richtigkeit daher nicht mit Verifizierbarkeit, sondern nur durch rationale Diskutierbarkeit und Vertretbarkeit gekennzeichnet werden. ³⁴³⁾ Damit wird auch ausserhalb der ursprünglich so suspekten Generalklauseln Ermessen, ein delegiertes Tatbestands- wie auch Gestaltungsermessen selbstverständlich "bis hin zur Auflösung jeder Grenze zwischen Erkenntnis- und Verwaltungsakt, zwischen Justiz und Exekutive". ³⁴⁴⁾ Dieses Ermessen gründet sich jedoch nicht mehr in einem letzten Endes nur durch eine Kompetenzpräsumtion zu rechtfertigenden Freiraum der Verwaltung beziehungsweise Rechtsprechung, sondern findet seine Rechtfertigung in der begrenzten Determinationswirkung wertender Begriffe, die nicht mehr eindeutig interpretierbar sind. ³⁴⁵⁾

Eine verfassungsrechtliche Absicherung dieses durch methodische Überlegungen gewonnenen Ergebnisses ergibt sich aus einem funktional verstandenen Gesetzesbegriff. ³⁴⁶⁾ Die herkömmliche Vorstellung von der Gewaltenteilung, wonach die Verwaltung auf den Normvollzug beschränkt

342) Schmidt AÖR 96, 1971, S. 321 ff., S. 349 charakterisiert diese als eine Subsumtionsideologie, "die noch ganz im Stil der Kodifikationsgläubigkeit des neunzehnten Jahrhunderts von der Möglichkeit einer perfekten Legalordnung ausgeht".

343) Vgl. hierzu Esser, Vorverständnis, S. 17 ff., S. 155, wo als rational die "mittels Durchgriff auf die Vernünftigkeit" konsensfähige Lösung bezeichnet wird.

344) Esser, Vorverständnis, S. 87. Von den Gefahren einer solchen Auffassung, die Rechtsanwendung durch Gerichte und Verwaltung als Teil eines "einheitlichen Rechtsquellenprozesses" (Starck, Der Gesetzesbegriff, S. 261 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 204, S. 278) ansieht, warnt eindringlich Merten, DVBl 1975, S. 677 ff., S. 683. Die Forderung nach Rückkehr zur Positivität des Gesetzes ist aber wegen der Wertungsbezogenheit moderner Gesetze nicht erfüllbar. Ähnlich Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 9, wonach es dem Gesetzgeber nur obliegt, "die grundlegenden Entscheidungen zu treffen".

345) Hier zeigt sich eine Übereinstimmung mit Jellineks These (Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, S. 77 ff.), die Zweckmässigkeit sei als Frage individueller Wertung objektiver Erkenntnis verschlossen.

346) Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 8 ff., Geitmann, Das Bundesverfassungsgericht und offene Normen, S. 23;

ist, besitzt für die Gegenwart nur noch beschränkte Gültigkeit. Eine arbeitsteilige Kooperation zwischen Parlament und Verwaltung im Rahmen der Rechtsetzung,³⁴⁷⁾ wie es moderner Auffassung entspricht, hat aber zur Folge, dass die Determinationskraft einer Norm zum Kriterium der Aufgabenverteilung zwischen Normsetzung und Normvollziehung wird.³⁴⁸⁾ Das in solchen unbestimmten Gesetzen zum Ausdruck kommende "planmäßige Überlassen von Entscheidungsbefugnissen"³⁴⁹⁾ ist solange mit dem für Verordnungsermächtigungen geltenden speziellen Gesetzesvorbehalt des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG,³⁵⁰⁾ wonach eine Delegation gesetzgeberischer Aufgaben an die Exekutive untersagt ist, zu vereinbaren, wie sich der Gesetzgeber selbst die Regelung grundlegender Entscheidungen vorbe- hält.³⁵¹⁾

Die sich hieraus für eine gerichtliche Kontrolle ergebenden Konsequenzen bedürfen aber noch einer doppelten Einschränkung. Ist die mangelnde Determinationskraft der Norm durch eine nicht vermeidbare Mehrdeutigkeit der Sprache bedingt, so kann keine Beschränkung gerichtlicher Kontrollen erfolgen.³⁵²⁾ Denn in diesem Falle beinhaltet die Unbestimmtheit des Gesetzestextes noch kein "planmäßiges Überlassen von Entscheidungsbefugnissen". Zum andern folgt aus der Tatsache des Wertungszwanges noch nicht die Notwendigkeit metaphysischer Konstruktionen. Man muss einen deutlichen Unterschied machen zwischen solchen Fällen, in denen herrschende Wertungen als Fakten festgestellt und diese

347) Friesenhahn VVDStRL 16, 1958, S. 9 ff., S. 33 ff.; Leisner DÖV 1969, S. 405, S. 409; Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 8; die herkömmliche Parlament - Exekutive Relation wird bei Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 171 ff. kritisch dargestellt.

348) Geitman, Das Bundesverfassungsgericht und offene Normen, S. 22, S. 65.

349) Geitmann, aaO. S. 48.

350) Vgl. Rupp, Grundfragen, S. 115 ff.; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 154 ff.; Selmer, JuS 1968, S. 489 ff.

351) Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 9; Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen, S. 83 ff.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts. Eine solche inhaltsbezogene, am Masstab des Wesentlichen orientierte Deutung kann man auch dem Neugliederungsurteil des BVerfG BVerfGE 1, S. 14 ff., 59 f. entnehmen. Zum Masstab des Wesentlichen Geitmann, Bundesverfassungsgericht, S. 131 ff.

352) Podlech, Rechtstheorie 3, 1972, S. 117 ff., S. 119. Demgegenüber will Brohm, VVDStRL 30, 1972, S. 245 ff., S. 278 schon die fehlende Eindeutigkeit der Norm für eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle genügen lassen.

Feststellungen in der Argumentationstechnik benutzt werden, und solchen, in denen das Urteil unmittelbar mit Wertungsfaktoren begründet wird.³⁵³⁾ Nur im letzteren Fall wird eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle gegeben sein, während das Sichtbarmachen der vom positiven Recht rezipierten Wertvorstellungen einen legitimen richterlichen Entscheidungsgesichtspunkt bildet.³⁵⁴⁾ Dagegen kommt in all den Fällen, in denen die Norm dem Rechtsanwender eine Beurteilungsbefugnis nach "eigenem Prädikat"³⁵⁵⁾ gibt, der rechtsanwendenden Behörde ein Konkretisierungsprimat zu,³⁵⁶⁾ der von den Gerichten nur im Rahmen des "Evidenzvorbehaltes"³⁵⁷⁾ überprüft werden kann. Wie oben bereits dargelegt, ist die Unrichtigkeit vertretbarer Urteile aufgrund der mangelnden Eindeutigkeit der angewandten Rechtsnorm nicht erweisbar. Eine Kassation solcher vertretbarer Urteile würde damit eine Kompetenzüberschreitung³⁵⁸⁾ bedeuten, da dann das Gericht sich an die Stelle der Behörde setzen würde.³⁵⁹⁾ Dieses Erschweren der gerichtlichen Kontrolle, indem formelle Deduktionskriterien durch materielle Vertretbarkeitskriterien ersetzt werden, ist der Preis für die Überwindung des Gesetzespositivismus. Jedoch zeichnen sich bereits Konturen für eine Systematisierung von Fallgruppen ab, in denen von Gerichten der Konkretisierungsprimat der Verwaltung zu achten ist; genannt seien die unvertretbaren Werturteile, verbindliche Wertungen einer demokratisch besonders legitimierten Behörde sowie Prognose- und Planungsentscheidungen.³⁶⁰⁾

353) Makkonen, Zur Problematik der juristischen Entscheidung, S. 219.

354) Esser, Vorverständnis, S. 165.

355) Esser, Vorverständnis, S. 55.

356) Jesch, AÖR 82, 1957, S. 163 ff., S. 242 begründet dies auch mit der Lehre von den "implied powers".

357) Ausdruck nach Schmidt - Assmann, vgl. Hoppe DVBl 1975, S. 684 ff., S. 691 Fn. 98.

358) Zur Doppelnatur von Kompetenznormen und von materiell-rechtlich relevanten Vorschriften vgl. Müller, Normstruktur und Normativität, S. 29.

359) Ule, Jellinek - Festschrift, S. 309 ff., S. 326.

360) Vgl. hierzu Redeker, DÖV 1971, S. 757 ff.; Ossenbühl, DVBl. 1974, S. 309 ff., S. 311 f.; Hoppe, DVBl. 1975, S. 684 ff., S. 691 f.

3.5.6. Rechtsvergleichende Hinweise

Die Zurücknahme der Gerichtskontrolle im Falle von Ermessensermächtigungen und unbestimmten Rechtsbegriffen auf die Evidenzmarke dürfte in etwa auch den Ergebnissen des französischen und anglo-amerikanischen Rechtskreises entsprechen.

3.5.6.1. Pragmatik im US-amerikanischen Recht

Im amerikanischen Recht wird dem Ermessen der Verwaltung von Gesetzes wegen ein grosser Spielraum eingeräumt mit der Folge, dass sich Verwaltungsbehörden und Gerichte nicht als Gegenspieler, sondern als Art Partner bei der Fortbildung und Anwendung des Rechts begreifen. Durch den Einbau von "procedural safeguards" wird das Verwaltungsverfahren dem der Gerichte stark angenähert, während von den Gerichten wiederum die Einhaltung der verfahrensmässigen Garantien im Verwaltungsverfahren überwacht wird. ³⁶¹⁾

Nach § 10 lit. e Administration Procedure Act ³⁶²⁾ hat das Gericht zwar alle ihm unterbreiteten Rechtsfragen zu prüfen und zu entscheiden. Nach der Einleitungsklausel zu § 10 Administrative Procedure Act ist die richterliche Entscheidungsbefugnis aber eingeschränkt "so far as (1) statutes preclude judicial review or (2) agency action is by law committed to agency discretion." ³⁶³⁾ Nach ziemlich einhelliger Auffassung gilt diese Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle nur, wenn der Ermessensakt sich innerhalb der Grenzen der "reasonableness" bewegt. Demzufolge findet keine Überprüfung statt, "if the administrative decision is one that has a rational basis in fact and reasonable support in law"; ³⁶⁴⁾ das Gericht enthält sich einer Verwerfung des angefochtenen Akts, wenn dessen Ergebnis vernünftigerweise vertretbar ist. Dieselben Grundsätze gelten auch für die Nachprüfbarkeit von unbestimmten Begriffen

361) Vgl. hierzu Haller, aaO. S. 296 f.

362) § 10 lit. e Administration Procedure Act lautet: "So far as necessary to decision and where presented the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning of applicability of the terms of any agency action."

363) Eingehend zur Interpretation dieser Einleitungsklausel Haller, Supreme Court und Politik in den USA, S. 312.

364) Van Alstyne, Judicial Protection of the Individual against the Executive in the United States of America, S. 1123 ff., S. 1152.

fen. Überall dort, wo die Auffassung der Verwaltung aufgrund des "rational basis test" eine vernünftige Grundlage im Gesetz hat, d.h. überall dort, wo man vernünftigerweise zweifeln und anderer Meinung sein kann, wird sich das Gericht einer Nachprüfung enthalten, indem es die Subsumtion unter einen Begriff ³⁶⁵⁾ als eine nur beschränkt ³⁶⁶⁾ nachprüfbare Tatfrage qualifiziert.

Insgesamt geben damit im amerikanischen Verwaltungsrecht bei der Überprüfung von Rechts- und Ermessensfragen weniger dogmatische Erwägungen als allgemein praktische Überlegungen den Ausschlag. Besonderen Fachkenntnissen einer spezialisierten Verwaltungsbehörde gegenüber wird sich das Gericht eine grössere Zurückhaltung auferlegen als bei der Interpretation von common law; bei ausdrücklicher Kompetenzdelegation und Zuweisung grosser Ermessensspielräume wird sich das Gericht im allgemeinen scheuen, eine substitution of judgement vorzunehmen, insbesondere wird aber das Gericht durch die allgemeine Bedeutung des Falls sowie eine möglicherweise bestehende Rechtsunsicherheit beeinflusst sein. In diesen Fällen wird das Gericht eher die Rechts- und Ermessensfrage selbständig beurteilen, als wenn der Fall nur einen beschränkten Kreis von Adressaten betrifft oder starke Zweifel bestehen, welche Lösung die richtige ist. ³⁶⁷⁾

3.5.6.2. Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat

Wie in der amerikanischen Rechtsprechung ist auch in der Rechtsprechung des Conseil d'Etat ³⁶⁸⁾ weniger die dogmatische Einordnung als das jeweilige Rechtsschutzinteresse des Bürgers sowie die Eigenart der Verwaltungsmaterie ausschlaggebend. ³⁶⁹⁾

365) Vgl. hierzu die zahlreichen Belege aus der amerikanischen Rechtsprechung bei Steindorff, Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, S. 84 ff.

366) Zum "substantial evidence test" Haller, Supreme Court und Politik in den USA, S. 309 ff. Hiernach tritt das Gericht in die Prüfung der Tatfrage ein, wenn "such relevant evidence a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion" zweifelhaft ist.

367) Vgl. insgesamt hierzu Haller, aaO. S. 316 f. unter Bezugnahme auf Davis, Administrative Law Text.

368) Eingehend zur französischen Ermessenslehre Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 215 ff.; Steindorff, Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, S. 77 ff.

369) Steindorff, Die Nichtigkeitsklage, S. 96; Bullinger, Festschrift für Jahrreiss, S. 19 ff.

Eine unzutreffende rechtliche Würdigung von Sachverhalten, die für den Erlass der Verwaltungsmassnahmen motivierend waren, machen diese fehlerhaft.³⁷⁰ Diese rechtliche Würdigung überlässt der Conseil d'Etat manchmal dem Ermessen der Verwaltung, so vor allem, wenn die Entscheidung nur aufgrund einer Gesamtwürdigung aller tatsächlichen Umstände von Fall zu Fall getroffen werden kann. In Fragen z.B. der Gebotenheit oder Erforderlichkeit eines polizeilichen Eingriffs oder der von Bauvorhaben ausgehenden Beeinträchtigung urteilt der Conseil d'Etat, ohne sich auf rein logische Elemente zu beschränken, unter voller Würdigung des gesamten zu ermittelnden Sachverhalts und aller damit zusammenhängenden Umstände. Eine eigene Entscheidung des Gerichts erfolgt hier sogar dann, wenn es sich um Ermessens- oder Zweckmässigkeitsfragen handelt. In wiederum anderen Fällen versagt sich der Conseil d'Etat eine Nachprüfung mit dem Hinweis darauf, dass es sich um Oportunitätsfragen handle, ohne allerdings Grenzen für diesen unüberprüfbaren Bereich anzugeben.

Weder die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfrage, noch die Unterscheidung zwischen Ermessens- und Rechtsfrage geben eine Begründung für die widerspruchsvolle Praxis des Conseil d'Etat. Ausschlaggebend ist vielmehr, "in welchem Ausmass es nach Art der Verwaltungstätigkeit, der richterlichen Beurteilungsmöglichkeit und der Schutzbedürftigkeit der beteiligten öffentlichen und privaten Interessen angebracht erscheint, die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts (*qualification juridique des faits*) darauf zu prüfen, ob sie nach der Auffassung des Gerichts zutreffend ist."³⁷¹

3.5.6.3. Zusammenfassung

In der amerikanischen Rechtsprechung wie in der Rechtsprechung des Conseil d'Etat ist die Überprüfung von Verwaltungsakten nicht von formellen Kriterien wie der Einordnung als Rechts- bzw. Ermessensfrage, sondern von materiellen Kriterien abhängig. Die vielen Faktoren des Rechtsschutzbedürfnisses, unter denen die Rechtsschutzwürdigkeit, die Grobheit von Fehlern der Verwaltungsmassnahmen, die Zuverlässigkeit des von der Verwaltungsbehörde gewählten Verfahrens nur einige wesentliche sind, bestimmen in entscheidendem Masse über den Umfang der richterlichen Nachprüfung.

370) Vgl. zum Folgenden Steindorff, aaO. S. 59 ff.

371) Bullinger, Festschrift für Jahrreiss, S. 21

Um den Preis einer als schwankend erscheinenden Rechtsprechung³⁷²⁾ wird dem Bedürfnis nach Beseitigung und Korrektur unvertretbarer Entscheidungen Rechnung getragen. Ziel der Nachprüfung ist weniger das Finden der einzig richtigen Entscheidung, als die objektive Vernünftigkeit und Sachgemässheit der Entscheidung, wie sie vor allem durch den Grundsatz der "reasonableness"³⁷³⁾ angesprochen wird.

3.6. Ergebnis

Die Anerkennung von Wertungsspielräumen bei Ermessenstatbeständen wie auch bei den unbestimmten Rechtsbegriffen muss in der Konsequenz zur Anerkennung eines prinzipiell einheitlichen Verwaltungsermessens und zur Aufgabe der Lehre vom Beurteilungsspielraum führen. Dies sollte jedoch typologisch nicht eine Wiedereinführung solcher Begriffe wie Tatbestands-, Rechtsfolge- und Gestaltungsermessens bedeuten,³⁷⁴⁾ da diese Begriffe eine zu starke Affinität zum kognitiven und volitiven Ermessen der früheren Ermessenslehre besitzen und dadurch der Unterschied zur früheren Ermessenslehre verwischt würde. Während nämlich die von Jellinek und von Laun begründete traditionelle Ermessenslehre eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle nur unter Rückgriff auf die mit dem Gesetzesmässigkeitsprinzip unvereinbare Stahl'sche Schrankendoktrin gerechtfertigt werden konnte - Anklänge hieran finden sich wieder in Scholz's "metajuristischem Regelungsauftrag"³⁷⁵⁾ - findet die hier vertretene Ermessenslehre ihre Rechtfertigung in der neueren juristischen Methodenlehre. Hiernach liegt sowohl bei Ermessens- wie auch bei unbe-

372) Steindorff, Nichtigkeitsklage, S. 75.

373) Vgl. hierzu die Hinweise Scheuners in VVDStRL 11, 1974, S. 1 ff., S. 58, S. 147 ff., S. 150. Eine Übertragung dieses Grundsatzes auf die deutsche Ermessenslehre war bereits von Erich Kaufmann, Art. "Verwaltung, Verwaltungsrecht", in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, S. 688 ff., S. 697 gefordert worden. Kaufmann wollte die richterliche Ermessenskontrolle auf die Frage beschränken, ob der Verwaltungsakt "in the exercise of a reasonable discretion" ergangen sei.

374) Eine Rückkehr zu dieser oben dargestellten Ermessenslehre wird - soweit ersichtlich - im neueren Schrifttum auch nirgends vorgeschlagen.

375) Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtbarkeit, VVDStRL 34, 197, S. 145 ff., S. 155.

stimmten Rechtsbegriffen eine gebundene Rechtsanwendung vor, soweit die Determinationskraft des Normzwecks bzw. des unbestimmten Rechtsbegriffs reicht. Jenseits dieser Grenze beginnt das Gebiet der Rechtsschöpfung ("intra legem"), das sich notwendigerweise einer vollen gerichtlichen Kontrolle entzieht, da dort nicht mehr die subsumtionslogisch richtige Ableitung einer Rechtsfolge, sondern das Erfassen von Wertungszusammenhängen im Sinne vertretbarer Urteile im Vordergrund steht. ³⁷⁶⁾

376) Im Ergebnis ebenso: Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 170 ff.; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, S. 153 ff.; Lohmann, Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, S. 90.

4. Besondere Topoi des Bauplanungsrechts sowie des Planungsermessens

Die Besonderheit des Planungsermessens gegenüber dem herkömmlichen Verwaltungsermessen besteht nach Badura darin, "dass die gesetzlichen Grundlagen einer exekutivischen Planungsentscheidung nicht Tatbestände für von der Behörde nach Ermessen auszusprechende Rechtsfolgen normieren und dass die Pläne nicht eine gesetzliche Regelung für einen bestimmten Anwendungsfall vollziehen." ¹⁾ Nicht die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge, sondern die Verwirklichung des von der Planungsnorm angestrebten Zustandes, nicht der administrative Gesetzesvollzug mit den hierfür typischen Verwaltungsbefehlen, sondern die auf Abwägung und Ausgleichung aller betroffenen Interessen abzielende planerische Gestaltungsfunktion entsprechen dem Wesen des Planungsermessens. Daher will Badura das Planungsermessen aus seiner Verbindung mit der am normstrukturellen Schema ausgerichteten Lehre von Rechtsfolgeermessen und Beurteilungsspielraum lösen und als besondere Form des Ermessens, die sich durch den Verwaltungszweck der Planung vom allgemeinen exekutivischen Ermessen unterscheidet, verstanden wissen. ²⁾

Bei der hier vorausgesetzten Ermessenstheorie ist aber eine einheitliche Konstruktion des Planungsermessens möglich, ohne dass dieses in einem Fall als vom Gesetz anheimgestellte Setzung von Tatbeständen, im anderen Fall als Gegenstand einer Einschätzungsprärogative aufgefasst werden muss. Planungsermessen stellt sich daher als eine Form der Rechtswirklichmachung zur Erreichung des spezifischen Planungsauftrages, nämlich zur Ordnung der städtebaulichen Entwicklung dar, ³⁾ das sich qualitativ vom Verwaltungsermessen nicht unterscheidet. ⁴⁾

1) Badura, Festschrift für Werner Weber, S. 911 ff., S. 923.

2) Badura, Festschrift BayVerfGH, S. 157 ff., S. 174.

3) vgl. die ähnliche Definition bei Fickert, Umfang des Planungsermessens bei der bundesfernstrassenrechtlichen Planfeststellung, BauR 1971, S. 1 ff., S. 2: Planungsermessen ist hiernach "eine Verwaltungstätigkeit, die zur Erreichung des spezifischen Planungsauftrages ausgeübt werden muss und sich an den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen der Geeignetheit, der Notwendigkeit sowie des geringstmöglichen Eingriffs zu orientieren hat und als ein stetes Abwägen des Für und Wider in allen Planungsphasen vorzunehmen ist".

4) vgl. Schmidt-Assmann, VVDStRL 34, 1976, S. 251; die quantitativen Unterschiede liegen in der Genauigkeit der vorhandenen Gesetzesaussagen und in der Überschaubarkeit möglicher Abwägungsfolgen; a.A. wiederum Hoppe, DVBl. 1974, S. 641 ff., S. 644, der den Begriff "Planungsermessen" generell vermeiden will, weil ansonsten eine deutliche Absetzung vom Verwaltungsermessen nicht erreicht werde.

Diese qualitative Gleichsetzung bedeutet aber nicht, dass das Planungs-
ermessen einfach den Regeln des Verwaltungsermessens unterworfen werden
kann.⁵⁾ Die wegen des wertenden Charakters jeder Rechtsverwirklichung
fliessenden Grenzen des Planungsermessens müssen daher noch untersucht
werden. Hierbei handelt es sich um die verfassungsrechtliche Gewährleistung
der Baufreiheit, die gemeindliche Planungshoheit sowie die Sachzwänge
der Planungstätigkeit. Das Verhältnis der Bauleitplanung zur Entwick-
lungsplanung⁶⁾ sowie ihre Einordnung in den Bereich der Fach- bzw. Ge-
samtplanung⁷⁾ soll hingegen ausgeklammert werden, da sich hieraus kei-
ne unmittelbaren Folgerungen für die Natur des Planungsermessens erge-
ben.

4.1. Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Baufreiheit

Das BVerwG hat im Flachglas-Urteil⁸⁾ die von ihm befürwortete verstärk-
te Kontrolle von Bebauungsplänen, vor allem die Annahme der vollen Kon-
trollierbarkeit von Planungsgrundsätzen als unbestimmte Gesetzesbegriffe
ohne Beurteilungsermächtigung, mit dem Hinweis auf die grundrechtsein-
greifende und eigentumsverteilende Wirkung der Planung begründet. Diese
Grundrechtsbeschränkung durch die untergesetzliche Bauleitplanung soll
nur dann hinnehmbar sein, "wenn sie rechtlich gebunden und in dieser
rechtlichen Bindung auch kontrollierbar ist. Wer diese Bindung oder die
Kontrolle ihrer Einhaltung in Frage stellt, stellt damit zugleich in Fra-
ge, ob dann noch die Bauleitplanung als Eigentumsbindung gewertet werden
kann".⁹⁾ Unausgesprochen werden damit die Überlegungen wiederholt, die
bereits zu einer Ablehnung von Verwaltungsermessens bei der Anwendung des

5) Ebenso Badura, Festschrift BayVerfGH, S. 157 ff., S. 167.

6) Vgl. hierzu Badura, Festschrift für Werner Weber, S. 911 ff.

7) Nachweise hierzu bei Forsthoff, Ernst-Blümel, Willi, Raumordnungs-
recht und Fachplanungsrecht, Frankfurt 1970, S. 21; Ernst-Zinkahn-
Bielenberg, BBauG, Rdnr. 106, 118 zu Einleitung.

8) BVerwG Urteil vom 5.7.1974 - IV C 50.72 - NJW 1975, S. 70 ff. =
DVBl. 1974, S. 767 ff. = BauR 1974, S. 311; kritisch Papier DVBl.
1975, S. 461 ff.

9) BauR 1974, S. 319.

§ 35 Abs. 2 BBauG führten.¹⁰⁾ Damals war das BVerwG zum Ergebnis gekommen, dass in Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen sind, ein Verwaltungsermessen nicht mehr in Betracht komme. Lügen nämlich die Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 BBauG vor und könnte die Verwaltung bei fehlerfreiem Ermessen dem Antrag stattgeben, ihn aber auch rechtmässig ablehnen, dann würde nicht mehr das Gesetz, sondern die Exekutive den Inhalt des Eigentums bestimmen. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG wolle aber gerade "verhindern, dass der Gesetzgeber sich der ihm obliegenden Regelung enthält und statt dessen die Bestimmung des Eigentumsinhalts dem Ermessen der Verwaltung anheimgibt".

Diese Argumentationsweise des BVerwG würde - übertragen auf andere Grundrechtsbereiche - zu einer völligen Blockierung des Ermessens durch die Grundrechtsnormen führen. Bereits diese Erwägung zeigt, dass es nur eine grundrechtsspezifische Lösung¹¹⁾ für die Ermessensproblematik geben kann. Zur Beurteilung der rechtsstaatlichen Komponente bedarf es zwar auch eines Rückgriffs auf die rechtliche Determination staatlicher Tätigkeit im grundrechtsgeschützten Bereich; die hier entscheidende Frage, wie "ermessensfeindlich" sich Art. 14 GG im Bauplanungsrecht auswirkt, kann aber nur grundrechtsspeziell gelöst werden. Das Problem der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Ermessensentscheidungen im Bereich der Bauleitplanung ist daher am Rechtsstaatsgebot wie auch an der Eigentums-garantie zu messen.¹²⁾

4.1.1. Inhaltsbestimmung des Eigentums

Eine Inhaltsbestimmung des Eigentums ist von Rspr. und Wissenschaft

10) BVerwG Urteil vom 29.4.1964 - I C 30.62 - BVerwG E 18, S. 247 ff. = DÖV 1964, S. 258 ff. = DVBl. 1964, S. 527 ff.; kritisch hierzu Ossenbühl, DÖV 1968, S. 618 ff., S. 623 ff.; Bachof JZ 1966, S. 745. Insgesamt versucht diese Entscheidung die rechtsstaatlichen Grundsätze des BVerfG, dass das Gesetz die administrative Tätigkeit "inhaltlich normieren muss" und dass demgemäss eine lediglich "formelle rechtssatzmässige Bindung der Eingriffsverwaltung" nicht genüge, auch für das Bauplanungsrecht fruchtbar zu machen; vgl. BVerfG Urteil vom 12.1.1958 - 4, 26, 40/56, 1, 7/57 - BVerfG E 8, S. 274 ff., S. 325 = JZ 1959, S. 355 ff.; ähnlich BVerfG Urteil vom 5.8.1966 - 1 BvF 1/61 - BVerfG E 20, S. 150 ff.

11) Ossenbühl DÖV 1968, S. 618 ff., S. 623 Fn. 47.

12) Bachof JZ 1966, S. 226 (Nc 122); Jesch JZ 1961, S. 624 ff., S. 626; Friauf JuS 1962, S. 422 ff., S. 424 m.w.N. in Fn. 26.

immer nur negativ im Wege der Abgrenzung von Sozialbindung und Enteignung versucht worden.¹³⁾ Die historische Konzeption des Eigentümerabsolutismus ist der bekannten Betonung der besonderen Pflichtigkeit des Grundeigentums gewichen: "Die Tatsache, dass der Grund und Boden unvermehrbar und unentbehrlich ist, verbietet es, seine Nutzung dem unübersehbaren Spiel der freien Kräfte und dem Belieben des einzelnen vollständig zu überlassen; eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung zwingt vielmehr dazu, die Interessen der Allgemeinheit beim Boden in viel stärkerem Masse zur Geltung zu bringen als bei anderen Vermögensgütern. Der Grund und Boden ist weder volkswirtschaftlich noch in seiner sozialen Bedeutung mit anderen Vermögenswerten ohne weiteres gleichzustellen; er kann im Rechtsverkehr nicht wie eine mobile Ware behandelt werden."¹⁴⁾ Dem Gemeinwohlvorbehalt des Art. 14 Abs. 2 GG, der jeglichen Zielen der Bodennutzung Grenzen zieht, sind aber andererseits auch wiederum Grenzen gezogen. Die Gewährleistung des Privateigentums als Rechtsinstitut sichert "einen Grundbestand von Normen, die das Eigentum im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung umschreiben".¹⁵⁾ "Die Institutsgarantie verbietet jedoch, dass solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung entzogen werden, die zum elementaren Bereich grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören und damit der durch das Grundrecht geschützte Freiheitsbereich aufgehoben oder wesentlich geschmälert wird."¹⁶⁾

Damit wird zwar der Wesensgehalt¹⁷⁾ des Eigentums umschrieben, aber ein absoluter Begriff des Eigentums¹⁸⁾ wird damit weder geschaffen noch festgeschrieben. Art. 14 GG schützt insgesamt das Eigentum nur so, wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen ge-

13) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 31 zu Art. 14 GG.

14) BVerfG Beschluss vom 12.1.1967 - 1 BvR 169/63 - BVerfG E 21, S. 73 ff., S. 83.

15) BVerfG Urteil vom 18.12.1968 - 1 BvR 628, 673/64, 200, 238, 249/65 - BVerfG E 24, S. 367 ff., S. 389; Beschluss vom 19.6.1969 - 1 BvR 353/67 - BVerfG E 26, S. 215 ff., S. 222.

16) BVerfG E 24, S. 389.

17) Zum Streit, ob die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG nur das Eigentum als Rechtsinstitut (so v. Mangoldt-Klein, Art. 14 GG, S. 433) oder aber auch als Individualgrundrecht schützt: Kimminich, Bonner Kommentar, Rdnr. 31 zu Art. 14 GG; Bielenberg, DVBl. 1971, S. 441 ff., S. 446.

18) BVerfG Beschl. vom 17.11.1966 - 1 BvL 10/61 - BVerfG E 20, S. 351 ff., S. 355: "Es gibt keinen absoluten Begriff des Eigentums".

formt haben. ¹⁹⁾ Die Inhaltsbestimmung des Eigentums wird damit relativiert an den sich naturgemäss wandelnden Zeitanschauungen. ²⁰⁾ Die so erreichte Flexibilität des Eigentumsgrundrechts ermöglicht eine "weiche Überleitung" von aus früherem Recht überkommenen Positionen in neue, geänderte Formen, ²¹⁾ die sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als eine zu verwirklichende Nutzungsart darbieten. ²²⁾ Mit der sich wandelnden Gesellschaftsordnung wandelt sich auch die Eigentumsordnung als deren Teil; sie ist "offener als die anderen Freiheitsgrundrechte für den Eingriff des Staates". ²³⁾

4.1.2. Konsequenzen für das Dogma der Baufreiheit

Hieraus sind auch für das Dogma der Baufreiheit die erforderlichen rechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Ohnehin war dieser Grundsatz auch schon vor dem Erlass des BBauG zur Ausnahme geworden. ²⁴⁾ Angesichts einer umfassend gewordenen städtebaulichen Nutzungsplanung muss von der Vorstellung Abschied genommen werden, wonach der Eigentümer kraft seiner im Eigentumsrecht begründeten Dispositionsfreiheit die Nutzung des Grund und Bodens bestimmen könne. ²⁵⁾ Denn nach der Verwaltungspraxis zu § 35 Abs. 2 BBauG werden private Bauvorhaben im Aussenbereich durch entgegenstehende öffentliche Belange fast immer in einem Masse blockiert, ²⁶⁾ die einem Bauverbot gleichkommt. Der dagegen erhobene Einwand, eine Beschränkung des Grundeigentums auf ein reines "Haben - dürfen" entleere

19) BVerfG Urteil vom 30.4.1952 - 1 BvR 14, 25, 167/52 - BVerfG E 1, S. 264 ff., S. 278.

20) BVerfG E 20, S. 351 ff., S. 355.

21) Sendler DÖV 1974, S. 73 ff., S. 81; vgl. weiterhin Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 140 f.

22) Auf die Folge dieser Relativierung des Eigentumsbegriffes, nämlich einer ständigen Verunsicherung und Abschwächung des Verfassungsschutzes hat Forsthoff am Beispiel technisch bedingter Grossobjekte hingewiesen; vgl. Festschrift frü Maunz, S. 89 ff., S. 101.

23) Ramm, JZ 1972, S. 137 ff., S. 140.

24) Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 70 mit Fn. 48

25) Ebenso: Bielenberg, DVBl. 1971, S. 441 ff., 444 f.; Sendler, DÖV 1974, S. 73 ff., S. 83; Götz, Bauleitplanung und Eigentum, S. 39 ff.; a.A. Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 72; Mayer, DB 1974, S. 1209, S. 1211; Hoppe, DVBl. 1964, S. 165 ff., S. 168 (allerdings unscharf: so soll der Planungsakt eine potentielle Baufreiheit ohne konstitutive Wirkung aktualisieren, S. 167; andererseits soll der Eigentumsinhalt "zur Disposition der planenden Gemeinde" stehen) jeweils m.w.N.

26) vgl. Sendler, DÖV 1974, S. 73 ff., S. 83.

den Eigentumsbegriff, ²⁷⁾ geht an der geschichtlichen Veränderlichkeit des Eigentumsinhalts vorbei. Unbestrittenermaßen wird denn auch nur die freie Verfügungsbefugnis zum Wesensgehalt des Eigentums gezählt. ²⁸⁾

Damit ist die Bestimmung der Art und des Masses der baulichen Nutzung von Grund und Boden in erster Linie den politischen Gemeinden, die das Recht zur Bodennutzungsplanung besitzen, übertragen. Der Bebauungsplan und der ihn ergänzende Planersatz nach §§ 34, 35 BBauG beschränken nicht vorgegebene Rechte, sondern gewähren erst Baufreiheit nach Massgabe der Planung.

Die Einbettung der privaten Grundstücksnutzung in die Gewährleistung vorhandener Pläne bedeutet nicht, dass das Grundeigentum für den Inhalt der Planung ohne Bedeutung sei. Aus der grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidung, die städtebauliche Entwicklung in Stadt und Land zu ordnen sowie die bauliche und sonstige Nutzung durch Bauleitpläne vorzubereiten und zu leiten, folgt die Unterwerfung des Grundeigentums unter die Planung. Diese Planungsgebundenheit des Eigentums wird aber nicht wieder ihrerseits durch die Eigentumsgarantie via Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) beschränkt bzw. gelockert. Die Annahme eines solchen zirkulären Verhältnisses zwischen Bauleitplanung und Eigentum ²⁹⁾ würde aber eine dem Eigentumsinhalt immanente Baufreiheit voraussetzen. Aber auch bei Annahme einer solchen Beziehung ergibt sich hieraus noch nichts für ein bestimmtes Rangverhältnis zwischen öffentlichen und privaten Belangen, dessen Einhaltung mittels gerichtlicher Kontrolle geprüft werden könnte. Eine solche herrschende Funktion des Eigentums liesse sich nur mit der Reinhardt'schen These ³⁰⁾, dass nur das an Planung hingenommen werden müsse, was nötig sei, um die private funktionsgerechte Nutzung des Eigentums zu erhalten, begründen. Angesichts der öffentlichen Aufgabe der Bauleitplanung sichert das Abwägungsgebot, dass auch auf private Belange Rücksicht genommen wird, soweit dies mit den öffentlichen Belangen zu vereinbaren ist. ³¹⁾

27) Vgl. den Hinweis bei Hoppe, DVBl. 1964, S. 165 ff., S. 166 Fn. 14

28) BVerfG Beschl. vom 19.6.1969 - 1 BvR 353/67 - BVerfG E 26, S. 215 ff., S. 222.

29) Diese Beziehung wird von Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 141 Fn. 135 als ein "Rahmen- und Verweisungsverhältnis" bezeichnet

30) in: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, S. 47.

31) Gütz, Bauleitplanung und Eigentum, S. 45 f.

4.1.3. Partielle Neutralität zwischen Art. 14 Abs. 1 GG und § 1 Abs. 6, 7 BBauG n.F.

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass die Baufreiheit noch innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen der Eigentumsvorstellung liegt, ergibt sich daraus noch nichts für eine gerichtliche Vollkontrolle des Abwägungsgebotes. Unbestrittenenmassen müssen bei der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) erheblich mehr Schutzgüter berücksichtigt werden, als es von den verfassungsrechtlichen Eigentumsvorstellungen her erforderlich ist. "Denn Art. 14 GG garantiert nur den vorhandenen Bestand und in gewissem Umfang bauliche Veränderungen und Sicherungen, die sich aus den veränderten Lebensgewohnheiten ergeben", während der Begriff "private Belange" umfassender ist und beispielsweise über die Grundsatzbestimmung des § 1 Abs. 6 BBauG n.F. ("Belange der Wirtschaft") auch die Erweiterung von bestehenden Gewerbebetrieben umfasst.³²⁾ Damit ergibt sich für die Überprüfung des Abwägungsgebotes unter dem Blickwinkel des Art. 14 GG eine eigenartige Differenzierung: soweit es um die Planung des Nutzungswerts privater Grundstücke geht, liegt eine Inhaltsbestimmung des Eigentums vor, die ein Ermessen unzulässig macht; dagegen ist bei der Planung von künftigen Gewerbegebieten ein solches Ermessen zulässig.

Eine solche gekünstelt wirkende Differenzierung des einheitlichen Abwägungsgebotes widerspricht dessen Aufgabe, alle Interessen gleichwertig zur Geltung zu bringen und Planungsmissbräuche, wie sie sich im kommunalen Bereich nicht selten einstellen, zu unterbinden.³³⁾

4.2. Gemeindliche Planungshoheit

Der Überblick über den oben wiedergegebenen Meinungsstand zum Planungsermessen zeigte, dass zu dessen Begründung ein ganzer Argumentationskomplex herangezogen wird. Die teilweise recht pauschale Gleichsetzung von Planungsermessen und Planungshoheit wird mit so unterschiedlichen Topoi wie Rechtsnormcharakter des Planes, Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde und

32) BVerwG Urteil vom 16.4.1971 - IV C 66.67 - BauR 1971, S. 100 ff.; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, RdNr. 49 zu § 1 BBauG.

33) Götz, Bauleitplanung und Eigentum, S. 46; Chlosta, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, S. 36.

gesetzgeberisches Ermessen begründet. Eine kritische Auseinandersetzung mit diesen in verschiedenen Ebenen angesiedelten Begriffen findet jedoch nicht statt.

4.2.1. Rechtsnormcharakter des Bebauungsplans

Die in § 10 BBauG³⁴⁾ angeordnete Rechtsnatur des Bebauungsplans hat angesichts der durch Gesetz vom 24.8.1976³⁵⁾ erfolgten Neufassung des § 47 VwGO, wodurch die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle für alle nach den Vorschriften des Bundesbaugesetzes erlassenen Satzungen bundeseinheitlich gewährleistet ist, erheblich an Sprengwirkung verloren. Denn die Bestimmung über die Rechtsnatur beruhte eingeständenermassen auf einer Flucht in die Rechtsnorm,³⁶⁾ bei der vor allem Rechtsschutzerwägungen im Vordergrund standen.³⁷⁾ Da der Gesetzgeber sich über den beim Erlass des Bundesbaugesetzes noch nicht ausgetragenen Streit um die wirkliche Rechtsnatur des Bebauungsplanes³⁸⁾ im Klaren gewesen sein dürfte, erfolgte die Bestimmung der Rechtsnatur vor allem im Hinblick auf die rechtspraktische Behandlung des Planes.³⁹⁾ Da aber die bereits vor Verkündung des BBauG in kraft getretene Verwaltungsgerichtsordnung in § 47 ein dem § 25 VGG entsprechendes Normenkontrollverfahren vorsah,⁴⁰⁾

34) § 10 BBauG: "Die Gemeinde beschliesst den Bebauungsplan als Satzung".

35) BGBl. I S. 2437.

36) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 47 zu Art. 3 GG: "Die Exekutive flüchtet (nicht mehr in den Fiskus, vielmehr) in grossem Stil in den Rechtssatz. Sie hat längst gemerkt, dass das ganze imponierende System der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf den Verwaltungsakt zentriert ist, und § 47 VwGO, wo er überhaupt gilt, ein recht schartiges Schwert ist"; Diese Kritik Dürigs gilt seit dem 1.1.1977 nur noch im Rahmen des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Vgl. weiterhin Blümel, DVBl. 1972, S. 122 ff.; Stern, Festschrift für Schäfer, S. 59 ff., S. 64; Friauf in v. Münch, Bes. Verwaltungsrecht, S. 365 ff., S. 388 f.; Maurer, Festschrift für Kern, S. 275 ff.

37) Vgl. die Begründung in BT Drucks. III, 336, S. 65 zu § 14 des Entwurfs.

38) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 310; Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 27 ff.; Balscheid, Die Rechtsnatur des Plans, S. 17 ff.; Zur Rechtslage in der Schweiz vgl. BGE 94 I S. 342 ff.: Zwischengebilde eigener Art, dessen Rechtsnatur sich am verplanten Grundstücksbereich orientiere.

39) v. Pestalozza, Formenmissbrauch des Staates, S. 154.

40) Noch unter der Geltung des § 25 VGG hatte sich der BayVGh mit Beschluss vom 4. Juni 1959 - 147 IV 57 - BayVGh E 12, S. 51 ff., S. 54 einer konkreten Betrachtungsweise angeschlossen. Im Rahmen des § 47 VwGO sprach sich wiederum zuerst der BayVGh Beschluss vom 31.10.1962 - 43 IV 60 - DVBl. 1963, S. 107 ff. und ihm dann folgend der VGh Baden-Württemberg, Beschl. vom 11.3.1963 - II 225/62 - NJW 1963, S. 1687 für eine konkrete Betrachtungsweise aus. Für eine abstrakte Betrachtungsweise nur noch OVG Bremen, Beschl. vom 9.1.1970 - I S 9/69 - NJW 1970, S. 877 ff.

konnte die gesetzgeberische Intention nicht auf eine Rechtsschutzlosigkeit abzielen.⁴¹⁾ Eine solche Gefahr war wegen der Möglichkeit einer Incidentkontrolle nie gegeben⁴²⁾ und ist heute durch die Novellierung des § 47 VwGO auch vollständig ausgeschlossen. Das deutet darauf hin, dass für die gesetzgeberischen Erwägungen, die zur Qualifizierung des Planes als Satzung führten, weniger Beschränkungen des Zugangs zu den Gerichten als vielmehr Beschränkungen des gerichtlichen Prüfungsumfanges ursächlich waren.⁴³⁾ Als Möglichkeit hierfür bot sich die Form der Rechtsnorm an, da bei deren materieller Überprüfung nur untersucht wird, ob der Normsetzer pflichtgemässen Gebrauch von seinem Rechtsetzungsrecht gemacht hat, ob er also sein Ermessen weder überschritten noch missbraucht hat.⁴⁴⁾ Daher kann die in § 10 BBauG erfolgte Qualifikation als ein entstehungsgeschichtlicher Hinweis in Richtung auf ein nicht kontrollierbares Planungsermessen gedeutet werden.

Eine solche Deutung ist nur dann abzulehnen, wenn eine entsprechende gesetzgeberische Qualifikationshoheit nicht besteht, d.h. wenn es nicht in der Macht des Gesetzgebers steht, durch die Form zu bestimmen, ob eine von der Verwaltungsbehörde getroffene Regelung als Norm oder als Verwaltungsakt anzusehen ist.⁴⁵⁾ Kennzeichnend für unsere Rechtsordnung ist

-
- 41) Blümel, DVBl. 1972, S. 123; Stern, Festschrift für Schäfer, S. 59 ff., S. 64.
- 42) BVerfG, Beschluss vom 27.7.1971 - 2 BvR 443/70 - BVerfG E 31, S. 364 ff. = DÖV 1971, S. 705 ff. = DVBl. 1971, S. 740 ff. = BayVBl. 1971, S. 420 ff. Kritisch hierzu Umbach DVBl. 1971, S. 741 ff., Blümel DVBl. 1972, S. 122 ff., S. 124 f., v. Mutius, VA 63, 1972, S. 207 ff.; Brohm VVDStRL 30, 1972, S. 245 ff., S. 283; Scholz, VVDStRL 34, 1976, S. 192. Auf das damit angesprochene Problem von "self-executing Normen" (vgl. Menger/Erichsen VA 57, 1966, S. 391) braucht hier nicht eingegangen zu werden; hierzu Maurer, Festschrift für Kern, S. 275 ff., S. 281 ff.
- 43) Anlass war allerdings der vordergründige Streit um die Qualifikation des Plans. Einerseits: Württbg.-Badischer VGH, Beschluss der Vollversammlung vom 10.9.1957 - 303/56 - ESVGH 6, S. 200 ff.; andererseits: BVerwG, Urteil vom 3.5.1956 - I C 89.55 - BVerwG 3, S. 258 ff.
- 44) Obermayer, DÖV 1955, S. 364 ff., S. 365; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 138 mit Fn. 4.
- 45) so BVerwG Urteil vom 10. Juni 1960 - I C 163.59 - BVerwG E 11, S. 14 ff., S. 16: "Übergeordnete, etwa aus dem Wesen, Inhalt oder Wirkung der Pläne entspringende rechtliche Gesichtspunkte, die dem Gesetzgeber ihre Ausgestaltung als Verwaltungsakte aufzwingen oder verwehren könnten, gibt es nicht. Dem Gesetzgeber steht es ohne Bindung an begriffliche Notwendigkeiten frei, sie als Verwaltungsakte oder anders, auch etwa als Normen, zu gestalten."

die Unterscheidung von Rechtsnorm und Verwaltungsakt.⁴⁶⁾ So werden Einzelfallregelungen in die Form des Verwaltungsakts, Regelungen, die für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen gelten sollen, in die Form des Gesetzes oder der Verordnung gekleidet.⁴⁷⁾ Diese von liberal-rechtsstaatlichem Denken geprägten Formen können jedoch "der Fülle der heutigen Aufgaben nicht mehr voll gerecht werden".⁴⁸⁾ Durch den Zeitfaktor wird der in der Form ursprünglich verkörperte Gehalt abgelöst, wodurch die Form für das Wiederauffüllen mit neuem Gehalt zur Verfügung steht.⁴⁹⁾ Die so verursachte Disponibilität der Form wird von der Rechtsordnung genutzt, um den Verfassungsalltag mittels solcher Formen entsprechend zu kanalisieren.⁵⁰⁾

Für die eingangs gestellte Frage nach der Qualifikationshoheit des Gesetzgebers ergibt sich folgendes: Zum einen muss sich die Formtypik des Verwaltungshandelns und des Rechtsschutzes aus Gründen der Praktikabilität und der dogmatischen Sicherheit an der vorgegebenen Unterscheidung von Verwaltungsakt und Rechtsnorm orientieren;⁵¹⁾ zum anderen muss eine Qualifikationshoheit des Gesetzgebers schon wegen der Disponibilität der zur Verfügung stehenden Formen in gewissem Umfang gegeben sein.⁵²⁾ Bei ambivalenten Sachverhalten, die unter keinen der zur Verfügung stehenden Formbegriffe eindeutig subsumiert werden können, muss jedoch dem

46) Maurer, Festschrift für Kern, S. 275 ff., S. 285; v. Mutius, Festschrift für H.J. Wolff, S. 167 ff., S. 179 f.

Die Grenzen zwischen Norm und Verwaltungsakt sind aber inzwischen so flüchtig geworden, dass es neuer funktionaler Abgrenzungsversuche bedarf, die mehr bei der Einzelrechtsfolge als bei der Einzelregelung ansetzen; vgl. Scholz, VVDStRL 34, 1976, S. 145 ff., S. 188.

47) nach Brohm, VVDStRL 30, 1972, S. 245 ff., S. 286 sollte diese Unterscheidung zugunsten einer funktional bestimmten Definition aufgegeben werden; demgegenüber stellt Bachof, VVDStRL 30, 1972, S. 193 ff., S. 232, S. 358 fest, dass "für das Gros der Verwaltungshandlungen" diese Unterscheidung auch heute noch stimmt.

48) Lerche, DÖV 1961, S. 486 ff., S. 492; ähnlich Schmidt-Assmann, VVDStRL 34, 1976, S. 243.

49) v. Pestalozza, Formenmissbrauch des Staates, S. 2.

50) v. Pestalozza, aaO., S. 2. Ohne solche Formen wären "Begriffsspeicherungen" und damit letztlich eine juristische Dogmatik nicht möglich; vgl. Esser, Vorverständnis, S. 95.

51) vgl. Lerche, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 34, 1976, S. 282 f.

52) v. Pestalozza, Formenmissbrauch des Staates, S. 141 f.; a.A. v. Mutius, Festschrift für H.J. Wolff, S. 167 f., S. 178.

Gesetzgeber eine gewisse Entscheidungsfreiheit zugestanden werden.⁵³⁾
 Da Bebauungspläne keine Norm, weil nicht abstrakt, keinen Verwaltungsakt, weil primär gebietsbezogen⁵⁴⁾, sondern ein aliud darstellen, lassen sich gegen die Charakterisierung der Bebauungspläne als Satzung keine durchschlagenden Bedenken geltend machen.

4.2.2. Bauleitplanung als Angelegenheit der Selbstverwaltung

Die Planungshoheit der Gemeinde, wie sie in § 2 Abs. 1 BBauG⁵⁵⁾ zum Ausdruck kommt, bezeichnet mit ihren beiden Komponenten zum einen die den Begriff der Bauleitplanung konstituierenden Aufgaben und Befugnisse. Hierher gehören die staatsrechtlichen Fragen, ob die Wahrnehmung der Bauleitplanung aufgrund der Satzungsautonomie Bestandteil der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie ist. Daneben bezeichnet der Begriff Planungshoheit das Spannungsverhältnis zwischen der Gemeinde und dem von der planenden Gemeinde betroffenen Grundstückseigentümer.⁵⁶⁾ Insofern dient der Begriff der Planungshoheit der Betonung des politischen Akzents jeglicher Bauleitplanung. Diesen Bestandteil meint wohl auch das BVerwG, wenn es darauf verweist, dass Bauleitplanung "im Grunde genommen eine Frage der Gemeindepolitik, nicht blosse Rechtsanwendung" sei.⁵⁷⁾

Der juristische oder körperschaftliche Begriff der Selbstverwaltung beinhaltet die "Wahrnehmung an sich staatlicher Aufgaben" durch körper-

53) Maurer, Festschrift für Kern, S. 275 ff., S. 285; v. Pestalozza, Formenmissbrauch des Staates, S. 155 ff; Schmidt-Assmann, VVDStRL 34, 1976, S. 241 Fn. 59. Nach Ansicht von Maurer und v. Pestalozza kann aber diese Ambivalenz nicht dazu führen, dass Art. 19 Abs. 4 GG durch die Wahl der Form der Rechtsnorm ausgeschlossen wird. Weniger nach Rechtsschutzrücksichten, als nach Publizität, Erlassverfahren und Beteiligung will hingegen Schmidt-Assmann die Einordnung vornehmen.

54) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 310.

55) § 2 Abs. 1 BBauG: "Die Bauleitpläne sind von den Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen, sobald und soweit es erforderlich ist." Zur umstrittenen verwaltungsgerichtlichen Überprüfung der Bedürfnisfrage VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.10.1964 - II 116/64 - ESVG 14, S. 197 ff., S. 199 f.; Beschluss vom 10.12.1965 - II 498/65 - ESVG 16, S. 21 ff., S. 24 f.

56) Vgl. zu diesen beiden Komponenten der Planungshoheit Badura, Festschrift für den BayVerfGH, S. 157 ff., S. 159.

57) BVerwG, Urteil vom 29.4.1964 - I C 30.62 - BVerwG E 18, S. 247 ff., S. 253; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.7.1966 - I 131/65 - ESVG 17, S. 101 ff., S. 103.

schaftlich organisierte Verbände oder öffentlichrechtliche Anstalten.⁵⁸⁾ Die kommunale Selbstverwaltung wird als eine qualifizierte Sparte mittelbarer Staatsverwaltung angesehen, auf die Teile der Staatsgewalt delegiert werden, um dann von Gemeinden und Gemeindeverbänden als freigestellte gesetzabhängige Eigenverwaltung unter der Rechtsaufsicht des Staates besorgt zu werden. Dieses Selbstverwaltungsverständnis kann sich darauf stützen, dass eigene Hoheitsrechte der Gemeinde mit der Einheit des Staates und seiner Staatsgewalt unvereinbar sind und dass es neben der Staatsgewalt des Bundes und der Länder⁵⁹⁾ nicht noch eine Staatsgewalt der Gemeinden geben kann. Jedoch kommt der Kontroverse zwischen der h.M. und der Gegenansicht, die den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften originäre Befugnisse zuerkennt,⁶⁰⁾ keine allgemeine Bedeutung mehr zu. Auch die Gegenseite muss nämlich zugestehen, dass auch die originären Befugnisse der Gemeinde von der staatlichen Rechtsordnung "anerkannt" werden müssen und dass Satzungsautonomie der ausdrücklichen staatlichen Verleihung bedarf.⁶¹⁾

So gesehen erscheint Selbstverwaltung nur als ein besonderes Organisationsprinzip, weshalb die Rechtssetzung des Selbstverwaltungsträgers nicht aus der Ausübung vollziehender Gewalt ausgeklammert und der gesetzgebenden Gewalt zugeordnet werden kann.⁶²⁾

Nach der Legaldefinition⁶³⁾ des Art. 28 Abs. 2 GG beinhaltet Selbstverwaltung das Recht, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu erledigen". Diese verfassungsrechtliche Gewährleistung der mittelbaren Staatsverwaltung umfasst

58) Repräsentativ für die h.M. ist Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 478; Unruh in v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 89 f.

59) Zum Verhältnis beider Staatsgewalten Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 48 zu Art. 20 GG.

60) Zu diesem Theorienstreit Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 475. Nach Salzwedel VVDStRL 22 (1963), S. 222 ff., S. 255 ff. führt die Gemeinde nicht originär eigene, sondern vom Staat derelinquierte Aufgaben nach eigenen Leitbildern aus. Diese Theorie erklärt das Werden des Selbstverwaltungsrechts historisch zutreffend. Badura DÖV 1963, S. 561 Anm. 2 wiederum verteidigt die Rechtsfigur staatlich verliehener Satzungs Gewalt als "zivilisatorische Errungenschaft der staatlichen Souveränität gegenüber der Anarchie unkoordinierter Rechtsschöpfung partikulärer Rechtsgemeinschaften."

61) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 480.

62) So Badura, Festschrift BayVerfGH, S. 157 ff., S. 163.

63) Art. 28 Abs. 2 GG gibt eine Legaldefinition des in Satz 2 des Abs. 2 verwendeten Begriffes "Selbstverwaltung". Dies ergibt sich durch die Verknüpfung beider Sätze ("auch"); vgl. Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 27 Fn. 3 zu Art. 28 GG; Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 28 GG, Erl. II 2 vor a).

in ihrem Kernbereich ⁶⁴⁾ entgegen der historischen Entwicklung ⁶⁵⁾ auch die Bauleitplanung, ⁶⁶⁾ da sich der Kernbereich nach der "zeitbedingten Art der einzelnen Selbstverwaltungsangelegenheiten" ⁶⁷⁾ richtet.

Die den Gemeinden gewährte und verfassungsrechtlich geschützte Planungshoheit ist aber nicht absolut. Sie besteht nur im Rahmen der Gesetze ⁶⁸⁾ und findet ihre Grenze in den Planungsgrundsätzen des § 1 BBauG, ⁶⁹⁾ in den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Gemeindefinanzen sowie den der Planung immanenten Grundsätzen einer vernünftigen Raumaufteilung. ⁷⁰⁾ Wegen dieser Beschränkungen scheint wiederum der Schluss von der Planungshoheit auf ein besonderes Planungsermessen unzulässig zu sein.

Zu fragen ist jedoch, welchen Sinn es hat, wenn eine Angelegenheit an eine Körperschaft mit Satzungsautonomie und pluralistisch-demokratischer Willensbildung verwiesen wird, wenn deren Entscheidung sich von der eines einzelnen Verwaltungsbeamten in nichts unterscheiden soll. ⁷¹⁾ Zurückzugehen ist auf die Funktion des Mitspracherechts der örtlichen

64) zum Streit, ob die Kernbereichsgarantie unmittelbar Art. 19 Abs. 2 GG entnommen wird oder aber aus der Auslegung des Art. 28 Abs. 2 GG als institutioneller Garantie folgt: Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 28, 32 zu Art. 28 GG.

65) Bartlsperger DVBl. 1967, S. 360 ff., S. 365 f.; Creutzig, DÖV 1968, S. 236 ff. Keinesfalls zählte die Bauleitplanung in Preussen zur gemeindlichen Selbstverwaltung; vgl. BVerwG Urteil vom 6.12.1956 - I C 45.54 - DVBl. 1957, S. 248; Urteil vom 20.5.1958 - I C 193.57 - BVerwG 6, S. 342 ff., S. 345. Das Aufbaugesetz für Hessen von 1948 wies die Bauleitplanung für kreisangehörige Gemeinden den Landkreisen zu.

66) BVerwG, Urteil vom 14.2.1969 - IV C 82.66 - DVBl. 1969, S. 362; Friauf, Baurecht und Raumordnung, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 379 f.; Creutzig, DÖV 1968, S. 236 ff., S. 237; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 312 f.; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8.10.1957 - 3 K 152/56 - ESVG 8, S. 60 ff., S. 61

67) BVerfG, Urteil vom 20.3.1952 - 1 BvR 267/51 - BVerfG E 1, S. 167 ff., S. 178.

68) So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 14.2.1969 - IV C 82.66 - DVBl. 1969, S. 362 ff., S. 363.

69) Zur Frage, inwieweit der Bundesgesetzgeber punktuell in das Kommunalrecht eingreifen kann, vgl. Lerche, Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, S. 77 Anm. 202 (Darstellung des Streitstandes), Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 25, 31 zu Art. 28 GG.

70) Vgl. hierzu Zinkahn, Die Schranken der gemeindlichen Planungshoheit, BtGBW 1963, S. 6 ff., S. 7.

71) Redeker, DÖV 1971, S. 757 ff., S. 760 für Entscheidungen durch Sachverständigenausschüsse. Abweichend hiervon soll nach Scholz, VVDStRL 34, 1976, S. 214 Fn. 268 eine Kontrollbeschränkung sich nicht aus der Kollegialität des entscheidenden Verwaltungsgremiums ergeben, da sonst Art. 19 Abs. 4 GG durch Organisationsmassnahmen dieser Art umgehbar wäre. Die Kontrollbeschränkung ergebe sich allein aus der "metajuristischen" Massstabskompetenz.

Gemeinschaft, die den Grundgedanken des Selbstverwaltungsrechts sichtbar macht, nämlich: "den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen, eigenverantwortlich zu überlassen, und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern. Zugleich wird der Gesetzgeber davon entlastet, sachliche und örtliche Verschiedenheiten beurteilen zu müssen, die für ihn oft schwer erkennbar sind und auf deren Veränderungen er nicht rasch genug reagieren könnte".⁷²⁾ Daraus folgen zwei Schranken für die Regelung der Selbstverwaltung. Zum einen darf der Gesetzgeber sich seiner Rechtssetzungsbefugnis nicht völlig entäussern und seinen Einfluss auf den Inhalt der von den körperschaftlichen Organen zu erlassenden Normen nicht gänzlich preisgeben. Zum andern dürfen aber der Selbstgesetzgebung autonomer Körperschaften nicht so starke Fesseln angelegt werden, dass der Grundgedanke der Selbstverwaltung nicht mehr genügend Spielraum zu seiner Verwirklichung fände.⁷³⁾

4.2.3. Bauleitplanung als spezifisch politische Tätigkeit

Bauleitplanung als eine Art "schöpferischer Vorgang"⁷⁴⁾ ist gekennzeichnet durch das Abwägen von Interessen, worin Kaufmann⁷⁵⁾ auf der Staatsrechtslehrtagung 1951 das zentrale Merkmal des Politischen erblickte. Sicherlich ist damit noch keine Definition des Politischen gewonnen, aber Kaufmanns Ansatz trifft den Kern des Problems, ist aber zur Abgrenzung von Verwaltung⁷⁶⁾ und Politik weniger geeignet, da die Konkretisierung von Rechten ständige Aufgabe der Verwaltung ist. Das damit verbleibende Problem, wann das Abwägen von Interessen eine Frage der Rechtsanwendung und wann eine Frage des Politischen ist, ist mit Hilfe der political question doctrine lösbar.⁷⁷⁾ Danach sind "Rechtsfragen,

72) BVerfG, Beschluss vom 9.5.1972 - 1 BvR 518/62 und 308/64 - BVerfG E 33, S. 125 ff., S. 159 = NJW 1972, S. 1504 ff., S. 1506; Beschluss vom 12.7.1960 - 2 BvR 373, 442/60 - BVerfG E 11, S. 266 ff., S. 275.

73) BVerfG E 33, S. 125 ff. = NJW 1972, S. 1505 ff., S. 1506.

74) Badura, Festschrift BayVerfGH, S. 157 ff., S. 164.

75) Kaufmann, VVDStRL 9, 1952, S. 1 ff., S. 6 ff.

76) Das Element des Politischen in der Verwaltung wurde schon von Georg Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 603, betont: "Die Verwaltung im materiellen Sinne enthält demnach zwei in ihr zur Einheit verbundene Elemente, das der Regierung und das der Vollziehung, jenes der Initiative und Anordnung, dieses die Ausführung des Angeordneten enthaltend. Die Verwaltungsakte zerfallen daher in Akte der Regierung und der Vollziehung, können aber auch beide Elemente in sich schliessen."

77) Haller, Supreme Court, S. 361 ff. unter Bezugnahme auf Scharpf.

für deren Entscheidung das Gericht nicht die Verantwortung übernehmen kann" 78), von der gerichtlichen Überprüfung ausgenommen. Gegenüber einer Ermessensentscheidung liegt der Unterschied einer political-question-Entscheidung darin, dass die Frage der Ermessensgrenzen bei der political-question-doctrine nicht auftritt, da die jeweilige Frage exklusiv dem politischen Organ zugeordnet ist.

Auf die enormen Schwierigkeiten, die sich bei der strikten Anwendung der Ermessenslehre dadurch ergeben, dass das Gericht Entscheidungen anderer Staatsorgane in völliger Beherrschung der Materie auf ihre Sachbezogenheit nachprüfen muss, ist vielfach hingewiesen worden. 79) Zutreffend mag es zwar sein, dass die durch den Geschäftsverteilungsplan ständig mit der Sache betraute Kammer oder Senat dem entscheidenden Verwaltungsbeamten an Sachkenntnis weit überlegen ist. Gegenüber pluralistischen Willensbildungsprozessen von demokratisch legitimierten Organen verliert diese Argumentation aber an Gewicht, da die Definition politischer Sachverhalte eben zuerst durch die Strukturierung politischer Kräfte und erst in zweiter Linie durch juristische Deduktionen bestimmbar ist. Der Einwand, dass auf diese Weise die Grenzen der Bauleitplanung nicht mehr vollständig kontrolliert werden können, schlägt demgegenüber nicht durch. Er wird oft getragen von einem tiefen Misstrauen gegenüber den politischen Planungsbehörden. Sicherlich hat dieses Misstrauen berechtigte Ursachen. Diesen kann man aber nicht dadurch begegnen, dass man den vom Bundesbaugesetz vorausgesetzten politischen Prozess in judizieller Form kontrollieren will. 80)

4.2.4. Gesetzgeberisches Ermessen des Planungsträgers

Da die Bauleitplanung so starke politische Elemente beinhaltet, liegt es nahe, die gemeindliche Planungshoheit auf die Höhe gesetzgeberischen Ermessens zu stellen und sie dadurch vom exekutivischen Ermessen, das wir als Rechtsanwendung im Rahmen der Determinationskraft der Norm bezeichnet

78) Haller, Supreme Court, S. 362.

79) Vgl. z.B. Redeker, DÖV 1971, S. 757 ff., S. 759; Ossenbühl, DVBl. 1974, S. 309 ff.

80) Blümel, DVBl. 1975, S. 695 ff., S. 697 konstatiert daher auch für den Bereich von Planungsentscheidungen ein gestörtes Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Entgegen Blümel, aaO. S. 700 muss ein effektiver Rechtsschutz nicht unbedingt Gerichtsschutz bedeuten.

hatten, abzugrenzen. Denn bei der Bauleitplanung scheint doch das schöpferische Element so erheblich zu überwiegen, so dass von Rechtsanwendung hierbei nur noch bedingt gesprochen werden kann.

Jedoch trifft die Verwendung verwaltungsrechtlicher Denkfiguren für die gesetzgeberische Tätigkeit auf zunehmende Kritik, da damit eine weitestgehende Gleichheit des normativen und des exekutivischen Ermessens impliziert werde. Demgegenüber sei allein auf die unmittelbare demokratische Legitimation parlamentarischer Gesetzgebung abzustellen, deren Einzigartigkeit gewahrt bleiben müsse.⁸¹⁾ Soweit wegen dieser Bedenken der Begriff des gesetzgeberischen Ermessens überhaupt anwendbar ist, wird ihm das exekutivische Ermessen gegenübergestellt, dem auch das Ermessen des Verordnungsgebers zugerechnet wird.⁸²⁾

Diese scharfe Kontrastierung von gesetzgeberischem und exekutivischem Ermessen kann aber wegen der bereits dargestellten gemeindlichen Planungshoheit in dieser Form nicht für die Bauleitplanung zutreffen; weiterhin lässt diese Gegenüberstellung aber auch die Gestaltungsfunktion der Verwaltung⁸³⁾ ausser acht. Gesetzgebung ist zutreffenderweise "nicht Anwendung oder Vollzug der Verfassung, sondern verfassungsrechtlich begrenzte schöpferische Entscheidung über die Ordnung der Gesellschaft und des Rechts".⁸⁴⁾ Dass ein solch schöpferischer Charakter auch der Verwaltung zu eigen ist, wurde durch die normative Orientierung der Verwaltungsrechtswissenschaft⁸⁵⁾ zwar verdrängt, rückte aber in dem Augenblick wieder in den Mittelpunkt des Interesses, als die mangelhafte Determinationskraft normativer Bindungen erkannt wurde.⁸⁶⁾ Die Gestaltungsfunktion des Gesetzgebers muss daher als Unterscheidungskriterium

81) Fuss, JZ 1959, S. 329 ff., S. 331; Badura, Festschrift Bayer. VerfGH, S. 157 ff., S. 162; kritisch auch Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 65 f., S. 86 f.

82) Zuleeg, DVBl. 1970, S. 157 ff., S. 162 (nicht einzusehen ist aber, warum für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe die für den Gesetzgeber geltenden Regelungen Anwendung finden sollen; vgl. S. 161); differenzierend Badura, Festschrift Bayer. VerfGH, S. 157 ff., S. 164.

83) Georg Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 606 erklärt die Vorstellung einer nur auf Grund von Gesetzen verfahrenen Verwaltung für eine "Ausgeburt politischer Metaphysik".

84) Badura AÖR 92, 1967, S. 382 ff., S. 391.

85) Vgl. hierzu Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 16

86) Vgl. nochmals zum schöpferischen Charakter der Rechtsanwendung Larenz, Methodenlehre, S. 192 ff., S. 196.

ausscheiden.

Aber auch ein Abstellen auf solche formellen Abgrenzungskriterien wie die unmittelbare demokratische Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebers ist für den als Satzung zu beschliessenden Bebauungsplan ineffizient. Denn mit Maunz ist davon auszugehen, dass Satzungen von Legislativorganen erlassen werden und dass hierbei eine Verlagerung der Rechtssetzungsbefugnis innerhalb der Legislative stattfindet.⁸⁷⁾

Von Art. 3 Abs. 1 GG her argumentiert ist die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit "keine a priori Kategorie, sondern einfach die Folge noch fehlender Vergleichsmöglichkeiten".⁸⁸⁾ Wegen der Einmaligkeit des in der Planungssituation befindlichen Grundstücks fehlt aber auch bei der Bauleitplanung der für ein beurteilendes Vergleichen vorauszusetzende Vergleichsmaßstab mit der Folge, dass in der Planung das Postulat der Gleichbehandlung durch den Grundsatz zweckrationaler Folgerichtigkeit ersetzt wird.⁸⁹⁾

Das Fehlen eines Vergleichsmaßstabes, die unmittelbare demokratische Legitimation des Planungsträgers sowie der gestaltende Charakter der Planungstätigkeit rechtfertigen es, das Planungsermessen auf eine Stufe mit dem gesetzgeberischen Ermessen zu stellen. Graduelle Unterschiede ergeben sich allerdings dadurch, dass der Planungsträger durch Bindung an das einfache Gesetzesrecht und an die vorgegebenen Ziele und Grundsätze der Bauleitplanung in seiner Gestaltungsfreiheit weiter eingeschränkt ist als der Gesetzgeber.⁹⁰⁾

4.3. Die objektive Gewichtigkeit der von der Planung berührten Belange

Den in § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) vorausge-

87) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 31 zu Art. 80 GG. Ebenso für eine Legislativeigenschaft der Gemeindevertretung: BVerfG Beschluss vom 21.12.1964 - 1 BvR 33/64 - BVerfG E 21, S. 54 ff., S. 62 f.; BVerwG Urteil vom 7.3.1958 - VII C 84.57 - BVerwG E 6, S. 247 ff., S. 251; a.A. Wilke in v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. VIII 2 zu Art. 80 GG; Stern, Bonner Kommentar, Rdnr. 105 zu Art. 28 GG.

88) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 294 ff., Rdnr. 295 zu Art. 3 GG.

89) Imboden, VVDStRL 18, 1960, S. 113 ff., S. 124.

90) Vgl. Wilke, AÖR 98, 1973, S. 196 ff., S. 233.

setzten Abwägungsvorgang sieht das BVerwG⁹¹⁾ mit grundsätzlicher Zustimmung der Lehre⁹²⁾ als ein Relationsurteil zwischen den von der Planung berührten Belangen an. Eine gerichtliche Nachprüfung dieses Relationsurteils soll möglich sein, "wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange ausser Verhältnis steht."⁹³⁾ Damit wird das Kriterium der "objektiven Gewichtigkeit" Ansatzpunkt für die materielle Überprüfung des Planungsvorganges.⁹⁴⁾ Trotz des vom BVerwG ausdrücklich anerkannten Planungsermessens kann jede Entscheidung der Gemeinde vom Verwaltungsgericht mit der Begründung, der Ausgangspunkt der Gleichgewichtigkeit der widerstreitenden Belange sei falsch, verworfen werden.⁹⁵⁾ Denn da das BVerwG die in § 1 Abs. 6 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG a.F.) genannten Grundsätze der Bauleitplanung sämtlich als unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielräume ansieht,⁹⁶⁾ glaubt es notwendigerweise auch über den Stellenwert der einzelnen Belange, innerhalb einer als invariabel gedachten

-
- 91) BVerwG Urteil vom 12.12.1969 - IV C 105.66 - BVerwG E 34, S. 301 ff., S. 309; teilweise unklar die Floatglas-Entscheidung des BVerwG, Urteil vom 5.7.1974 - IV C 50.72 DVBl. 1974, S. 767 ff. = BauR 1974, S. 311 ff. Nach Leitsatz 6 ist die Gewichtung "grundsätzlich Ausdruck der planerischen Gestaltungsfreiheit und fehlerhaft erst dann, wenn im Abwägungsvorgang oder im Abwägungsergebnis einer der Belange in einer Weise berücksichtigt wird, die zu seiner objektiven Gewichtigkeit ausser Verhältnis steht".
- 92) Hoppe, Festschrift für Scupin, S. 121 ff., S. 133 f.; ders., BauR 1970, S. 15 ff., S. 17; ders., DVBl. 1974, S. 641 ff., S. 642; Gelzer, Bauplanungsrecht, Rdnr. 33 ff., S. 20 ff.; Schrödter, Rdnr. 20 f. zu § 10 BBauG; Festschrift Bayer. VerfGH, S. 157 ff., S. 181 f.; Steiger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 385 ff., S. 424.
- 93) BVerwG E 34, S. 309; wörtlich wiederholt in BVerwG Urteil vom 5.7.1974 - IV C 50.72 - BauR 1974, S. 311 ff., S. 314. Hieraus folgert OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.4.1970 - I C 2/69 - BRS 23, 1970, Nr. 19, S. 43 f., dass der Bewertungsvorgang voll überprüfbar sei.
- 94) kritisch deswegen: Hoppe, Festschrift für Scupin, S. 121 ff., S. 134; ihm folgend Steiger, Festschrift H.J. Wolff, S. 385 ff., S. 425. Papier, DVBl. 1975, S. 461 ff., S. 465 weist auf die auftretenden Widersprüchlichkeiten hin: einerseits ist die Abwägung überhaupt kein nachvollziehbarer Vorgang, andererseits besteht aber eine objektive Gewichtigkeit der berührten Belange.
- 95) ebenso Papier, DVBl. 1975, S. 461 ff., S. 465; Hoppe, BauR 1970, S. 15 ff., S. 17.
- 96) BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 - IV C 105.66 - BVerwG E 34, S. 301 ff.; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 14.3.1963 - I 54/63 - DÖV 1963, S. 760 ff., S. 762.

Rangordnung,⁹⁷⁾ Angaben machen zu können.⁹⁸⁾ Demzufolge setzt die Interessenabwägung erst bei Gleichgewichtigkeit der relevanten Belange ein.

4.3.1. Bewertungsproblem

Aus der oben bereits dargestellten Unableitbarkeit von Wertungen aus deskriptiven Sätzen⁹⁹⁾ folgt, dass es keine objektiven, praexistente Werte gibt oder dass diese zumindest nicht erkennbar sind. Wenn aber Werte wissenschaftlich nicht zu verifizieren sind, entfällt das Kriterium, das es rechtfertigen würde, von einer "objektiven Gewichtigkeit" der durch die Planung berührten Belange¹⁰⁰⁾ zu sprechen.

Die Begriffe "Gewichtigkeit" und "Vorzugswürdigkeit" müssen auseinandergehalten werden.¹⁰¹⁾ Nach anerkanntem Sprachgebrauch sind Wertungen nichts anderes als Vorzugsregeln,¹⁰²⁾ die sich ihrerseits wieder durch das Moment der Gewichtung werten und damit quantifizieren lassen.¹⁰³⁾ Die Gewichtung stellt sich also als ein Verfahren zur Messung von Wertungen bzw. von Vorzugsregeln dar; für das Kriterium einer "objektiven Gewichtigkeit" gilt daher alles das, was zu einer objektiven Wertung ausgeführt wurde, entsprechend.

Im Gegensatz zur Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts müssen daher Wertungsspielräume sowohl bei der Konkretisierung als auch bei der Gewichtung der planerischen Belange anerkannt werden. Diese doppelte Unschärfe rechtfertigt ein sehr weites Planungsermessen, dessen Kontrollmarke auf den Evidenzvorbehalt zurückzunehmen ist.

97) Typisch für diese Ansicht Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 204: "Das Ergebnis der Abwägung und damit der Subsumtion hängt im wesentlichen von zwei Faktoren ab. Einerseits kommt es auf Inhalt und Bedeutung der kollidierenden Interessen in abstracto an. Ihre Rangordnung ergibt sich aus der Verfassung, der übrigen Rechtsordnung und schliesslich den in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Vorstellungen. Insoweit stehen dem Rechtsanwender für ihn verbindliche und in ihrer Zusammenschau hinreichend verlässliche Erkenntnisquellen zur Verfügung, so dass für ein persönliches Werturteil kein Raum bleibt." Zur Kritik dieser Vorstellung wird auf das oben, S. 55 zu "Rechtsanwendung als hermeneutisches Problem" Gesagte verwiesen.

98) noch eindeutiger ist in dieser Richtung die Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg; siehe die eingangs gegebene Übersicht.

99) Vgl. nochmals Podlech, AÖR 95, 1970, S. 185 ff., S. 197; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff; S. 175; Stolleis, VA 65, 1974, S. 1 ff., S. 29.

100) ebenso Papier, DVBl. 1975, S. 461 ff., S. 464 f.

101) Podlech, AÖR 95, 1970, S. 185 ff., S. 195,

102) Hubmann, Festschrift für v. Carolsfeld, S. 173 ff., S. 178 f.

103) a.A. Steiger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 385 ff., S. 426.

4.3.2. Die Abwägung der von der Planung berührten Belange

Die konkrete Gestaltung der Planung innerhalb der durch § 1 BBauG vorgegebenen Grundsätze vollzieht sich im Abwägen. Damit wird eine Rechtsfindungsmethode in den Planungsprozess eingeführt, die im Gegensatz zur Subsumtion methodisch bisher kaum bewältigt ist.¹⁰⁴⁾ Diese gesetzgeberische tatbestandliche Forderung nach Abwägung öffentlicher mit privaten Interessen ist vor allem durch die Komplexität moderner Rechtsprobleme bedingt¹⁰⁵⁾; sie ist aber auch ein bereits in der älteren Rechtsprechung¹⁰⁶⁾ üblicher Topos. Damit versuchten die Gerichte die von der Verwaltung beanspruchte Kompetenz,¹⁰⁷⁾ verbindlich Gemeinwohlstatbestände zu konkretisieren,¹⁰⁸⁾ durch Gewinnung eigener Kompetenz einzugrenzen. Demgegenüber zeigt die tatbestandliche Verweisung auf private Interessen, dass von einer Höherwertigkeit der öffentlichen Interessen nicht mehr die Rede sein kann.¹⁰⁹⁾ Ob diese aus der historischen Trennung von Staat und Gesellschaft überkommene Dichotomie öffentlicher und privater Interessen angesichts der Integrierung privater Rechte in die Auslegung von Gemeinwohlstatbeständen¹¹⁰⁾ noch zutrifft, erscheint fraglich. Die Gegenüberstellung beider Interessen macht aber klar, dass hier nicht eine in der älteren Rechtsprechung¹¹¹⁾ anerkannte Gemeinwohlkompetenz aktiviert werden soll.

104) Hubmann, Festschrift für v. Carolsfeld, S. 173 ff., S. 175.

105) Vgl. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 61

106) Pr.OVG Urteil vom 5. Mai 1880 - I C 89/80 - Pr. OVG E 6, S. 330 ff., S. 332 zu § 15 Pr. Ansiedl.G (v. 25. August 1876).

107) Zum Zusammenhang von Gemeinwohlbegriffen und Kompetenz Lerche AÖR 90, 1965, S. 341 ff., S. 368; Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 664 ff.

108) Typisch hierfür v. Laun, Das freie Ermessen, S. 66: "Was die Behörde für das öffentliche Interesse hält, ist im Rechtssinn wirklich das öffentliche Interesse.

109) Hoppe DVBl. 1964, S. 165 ff., S. 168 gelangt daher zu einer Gleichrangigkeit der mit der Planung zu verwirklichenden öffentlichen Belange und der potentiellen Baufreiheit des Eigentümers.

110) Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 525 ff., S. 535/536, S. 548.

Konkret auf das Gebiet der Bauleitplanung bezogen würde dies bedeuten, dass eine die privaten Interessen vernachlässigende Planung nicht mit dem Gemeinwohlstatbestand zu vereinbaren wäre.

111) Nachweise bei Häberle, Öffentliches Interesse, S. 553 ff.

Weniger das Aufstellen einer Rangordnung zwischen privaten und öffentlichen Belangen als die Berücksichtigung möglichst vieler Topoi ist daher das Anliegen des Abwägungsgebotes, wie es auch in der Erweiterung der Planungsgrundsätze in § 1 Abs. 6 BBauG n.F. zum Ausdruck kommt. Da aber die Planung wegen der pluralistischen Zielvorgabe dem einen Interesse nichts zugestehen kann, ohne in einer Art Kettenreaktion zahlreiche andere Interessen zu berühren,¹¹²⁾ bietet sich zur Erzielung einer Einzelfallgerechtigkeit ohnehin die Abwägungsmethode an.¹¹³⁾

Trotz der Bedeutung der Interessenabwägung¹¹⁴⁾ liegen aber bisher kaum verwertbare Hinweise vor, wie die abzuwägenden Größen rational umschrieben und in ihrem Gewicht abgeschätzt werden können.¹¹⁵⁾ Nur darüber besteht seit langem¹¹⁶⁾ Gewissheit, dass bei der Abwägung drei Gedankengänge auseinandergehalten werden müssen: das Auffinden der einschlägigen Interessen, ihre Bewertung und ihre Abwägung.¹¹⁷⁾

Das Auffinden der Gesichtspunkte erfolgt auf Grund einer sorgfältigen Erforschung und Analyse des Sachverhalts. Dies entspricht der immer wieder betonten Forderung einer vollständigen Interessenermittlung und -beachtung.¹¹⁸⁾ Selbstverständlich kann eine Entscheidung nicht gerecht sein, wenn nicht alle relevanten Elemente bedacht wurden.¹¹⁹⁾

Der zweite Denkvorgang ist die Wertung der gefundenen Gesichtspunkte. Dies setzt ein mit den Mitteln der Interpretation¹²⁰⁾ zu bewältigendes

112) BVerwG, Urteil vom 30.4.1969 - IV C 6.68 - DÖV 1970, S. 64; Hoppe, Festschrift für Scupin, S. 121 ff., S. 123; Badura, Festschrift Bayer, VerfGH S. 157 ff., S. 166, S. 179.

113) Esser, Juristen-Jahrbuch 1, 1960, S. 111 ff., S. 112. "Die Unmöglichkeit einer abstrakten Wertschematik und die Verweisung des Richters auf den Sachverhalt macht die Methodik der Abwägung zur Schlüsselfrage".

114) Vgl. die Belege aus Recht und Rechtsprechung bei Hubmann, Festschrift für v. Carolsfeld, S. 173 ff., Fn. 1,2; zur Bedeutung der Abwägungsmethode weiterhin Larenz, Festschrift für Klingmüller, S. 235.

115) Müller, Normstruktur und Normativität, S. 211; ähnlich Hubmann, Festschrift für Carolsfeld, S. 173 ff., S. 175; insgesamt sehr kritisch zur Güterabwägung Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 129 f.

116) Von einer "Aufdeckung" der Struktur des Abwägungsvorgangs durch das BVerwG kann daher entgegen Hoppe, Festschrift für Scupin, S. 121 ff., S. 133 nicht gesprochen werden.

117) Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, S. 35 (unter Bezugnahme auf Heck) S. 45 ("Basis jeder Rechtsanwendung"); Hubmann, Festschrift v. Carolsfeld, S. 173 ff., S. 177.

118) Esser, Juristen-Jahrbuch 1, 1960, S. 111 ff., S. 117.

119) Hubmann, Festschrift v. Carolsfeld, S. 173 ff., S. 177.

120) Müller, Normstruktur und Normativität, S. 209.

Erkennen "des im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Rangverhältnisses" ¹²¹⁾ voraus. Wie insbesondere das Mephisto-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ¹²²⁾ zeigt, werden die unterschiedlichen Ergebnisse vor allem durch die Bewertung der in die Abwägung einbezogenen Faktoren verursacht. Zum einen ergibt sich schon aus dem Fehlen eines absoluten, objektiven Bewertungssystems eine Relativität der Wertentscheidungen. Zum anderen wird aber das Herauslesen von Bewertungsfaktoren sowie ihre Bestimmung nach Gewicht und Wirkungsstärke ¹²³⁾ wiederum durch das Fehlen einer absoluten Rangordnung realisiert. Auch wenn man hierbei nach der "Maxime der Generalbeobachtung" ¹²⁴⁾ des Gesetzes verfährt, dürften sich hierbei nur wenig Vorzugstendenzen für den einen oder anderen in die Bewertung einbezogenen Faktor ergeben. Denn typisch für die Abwägungsmethode überhaupt ist es, dass sie immer dort Anwendung findet, wo die kollidierenden Rechtsgüter sich nur schwer durch angebbare Merkmale abgrenzen lassen. ¹²⁵⁾ Diese Situation liegt aber auch im Rahmen des § 1 Abs. 6, 7 BBauG n.F. vor. Das mit den privaten Interessen vor allem angesprochene Eigentumsrecht ist von der Rechtsprechung und Lehre immer nur negativ durch Abgrenzung von Sozialbindung und Enteignung bestimmt worden. ¹²⁶⁾ Für die hiermit kollidierenden öffentlichen Interessen weist Häberle eine Aktualisierung auf dem Umweg über private Interessen nach. ¹²⁷⁾

Soweit die Analyse der gesetzlichen Bestimmungen einen generellen Wertvorzug zugunsten des einen oder des anderen Interesses ergibt, gebührt dem jeweils "fundamentalerem" Interesse der Vorzug. ¹²⁸⁾ Soweit Rechtsgüter gleichen Ranges oder mit nur geringen Rangunterschieden einander gegenüberstehen, so ist danach zu fragen, in welchem Ausmass das eine oder andere Rechtsgut betroffen ist, und welches Rechtsgut im Falle, dass

121) Hubmann, AcP 155, 1956, S. 85 ff., S. 101.

122) BVerfG Beschluss vom 24.2.1971 - 1 BvR 435/68 - BVerfG E 30, S. 173 ff.

123) Hubmann, AcP 155, 1956, S. 85 ff., S. 94.

124) Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, S. 86 unter Bezugnahme auf Heck, Begriffsbildung, S. 107; Larenz, Festschrift für Klingmüller, S. 235 ff., S. 238.

125) Larenz, Methodenlehre, S. 392 ff., S. 393. Müller, Normstruktur und Normativität, S. 208 bezeichnet daher die Abwägungsmethode als "hermeneutisch ... fragwürdig".

126) siehe oben Seite 115 ff.

127) Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 526, S. 550.

128) Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 217, S. 235 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 401; ders., Festschrift für Klingmüller, S. 235 ff., S. 247; Hubmann, AcP 155, 1956, S. 85 ff., S. 97; ders., Festschrift für v. Carolsfeld, S. 173 ff., S. 196; Hoppe DVBl. 1964, S. 165 ff., S. 169; Badura, Festschrift Bayer. VerfGH, S. 157 ff., S. 181.

es zurücktreten muss, die geringste Einbusse erleiden würde. Ist aber trotz Gleichrangigkeit ein Umgehen der Kollision¹²⁹⁾ (z.B. durch Inanspruchnahme öffentlicher statt privater Grundstücke) nicht möglich, gilt das Prinzip der Verhältnismässigkeit.¹³⁰⁾

Ansatzpunkte für eine gerichtliche Kontrolle des Abwägungsvorgangs ergeben hierbei nur die prozeduralen Vorgänge, d.h. "der Ablauf des Verfahrens, die Form und Begründung und die Abwägungsmotivation".¹³¹⁾ Die verbleibenden materiellen Entscheidungsbereiche sind nur auf die Einhaltung ihres äusseren Rahmens überprüfbar, weil hier insbesondere Fragen der Gemeindepolitik, des Finanz- und Organisationswesens angesprochen sind und weil diese Fragen wegen der Relativität aller Wertung eng miteinander verbunden sind. Die mangelnde Eindeutigkeit aller im Abwägungsvorgang erforderlichen Wertungen führt zu einer Vielzahl möglicher Abwägungsvarianten.¹³²⁾ Die Kostspieligkeit des ganzen Abwägungsprozesses, des Planungsvorgangs, verhindert aber trotz der Vielzahl von Alternativen die Erarbeitung einer konkreten Alternative, die ein taugliches Vergleichsobjekt wäre. Den Standardargumenten innerhalb des Abwägungsvorganges, der Frage nach Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit, fehlt daher zu ihrer Effizienz die individuell messbare Alternative.¹³³⁾ Als Ansatzpunkt einer gerichtlichen, die über ein Unterbinden von Planungsmissbräuchen, die unter Verletzung des Übermassverbots zustandegekommen sind, hinausgeht, ist das Abwägungsgebot daher nicht geeignet. Im Ergebnis lässt sich damit eine über den Evidenzvorbehalt hinausgehende Kontrolle des Abwägungsvorgangs nicht erzielen.¹³⁴⁾ Da nach der hier vorgetragenen Auffassung eine objektive Rangordnung der planerischen Belange, auf die das Gericht zurückgreifen könnte, nicht

129) Zur Vorrangigkeit dieses Prinzips Hubmann, AcP 155, 1956, S. 85 ff., S. 123 ff.; ders., Festschrift für v. Carolsfeld, S. 173 ff., S. 180.

130) Larenz, Festschrift für Klingmüller, S. 247; Hubmann, AcP 155, 1956, S. 85 ff., S. 127; Badura, Festschrift BayVerfGH, S. 157 ff., S. 180 f.

131) Schmidt-Assmann, VVDStRL 34, 1976, S. 221 ff., S. 255/256.

132) Schmidt-Assmann, VVDStRL 34, 1976, S. 221 ff., S. 258.

133) Vgl. Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 135, S. 140 ff., wonach das Übermassverbot auf überschaubare, individuell messbare Verhältnisse angewiesen ist.

134) Ebenso Schmidt-Assmann, VVDStRL 34, 1976, S. 221 ff., S. 258 Fn. 125; Stürer, DVBl. 1974, S. 314 ff., S. 320; Götze, Bauleitplanung und Eigentum, S. 46; Papier DVBl. 1975, S. 461 ff., S. 464 f.; Ossenbühl, Gutachten für den 50. DJT, S. 190 f.

besteht, kann die von der Rechtsprechung angeführte Abwägungsdisproportionalität und -fehleinschätzung nur im Sinne eines Evidenzvorbehalts verstanden werden. Dieses Ergebnis ~~stimmt~~ auch mit der oben gezeigten Evidenzpraxis des amerikanischen und des französischen Rechtskreises überein.

5. Schlussbemerkung

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) hatte zur Folge, dass die zuvor anzutreffende Mannigfaltigkeit der Meinungen einer fast stereotypen Übernahme der Rechtsprechung wich. Von den Untersuchungen Baduras abgesehen, der eine eigenständige Kategorie des Planungsermessens feststellte, wurde damit auch die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zu Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen übernommen. Die hieran einsetzende Untersuchung zeigte, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zustimmung der Lehre Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe trennt und letztere grundsätzlich für voll überprüfbar hält. Diese Trennung ist nicht sachgerecht, wird jedoch aus der unbegründeten Befürchtung heraus, dass andernfalls die Verwaltung in allen Bereichen gerichtsunterworfen sei, bejaht. Die Struktur von Ermessens- wie auch Rechtsbegriffen sowie eine Untersuchung des Subsumtionsvorgangs erwies, dass zwischen beiden Kategorien kein qualitativer Unterschied besteht. Durch Bezugnahme auf hermeneutische Literatur wurde zugleich gezeigt, dass bei unbestimmten Rechts- und Ermessensbegriffen stets ein Wertungsspielraum besteht. Dieser Wertungsspielraum ist der gerichtlichen Kontrolle nur im Rahmen eines Evidenzvorbehaltes zugänglich. Dieses Ergebnis lässt sich auch mit entscheidungstheoretischen Überlegungen absichern und entspricht auch den mehr pragmatisch orientierten Entscheidungen der französischen und amerikanischen Rechtsprechung.

Die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf den Evidenzvorbehalt erfährt für den Fall des Abwägungsgebotes des § 1 Abs. 7 BBauG n.F. (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG a.F.) keine Einschränkung. Eine Ausdehnung der gerichtlichen Kontrolle wird zwar vom Bundesverwaltungsgericht mit dem grundrechtlichen Schutz der Baufreiheit begründet. Aber wegen der Blockierung aller nicht privilegierter Vorhaben im Aussenbereich ist die Baufreiheit nur noch "nach Massgabe der Planung" gegeben. Ein Blick auf die gemeindliche Planungshoheit spricht dagegen für eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle. Die der Selbstverwaltungsgarantie unterfallende Planungshoheit ist vor allem durch ihre politischen Bezüge gekennzeichnet, was es rechtfertigt, sie auf gleiche Höhe mit dem gesetzgeberischen Ermessen zu bringen. Eine objektive Gewichtigkeit der durch die Planung berührten Belange lässt sich mangels einer objektiven Wertordnung ebenfalls nicht feststellen. In Übereinstimmung mit methodischer

Literatur lässt sich somit als Kern des Abwägungsgebotes das Übermassverbot mit dem von Lerche aufgezeigten Grundgedanken "des nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs" ¹⁾ feststellen. Mit der Formulierung des Mephisto-Urteils ²⁾ ist das Abwägungsgebot nicht schon dann verletzt, wenn bei der der Verwaltung aufgetragenen Abwägung widerstreitender Belange die "vorgenommene Wertung fragwürdig sein mag, weil sie den Interessen der einen oder anderen Seite zuviel oder zuwenig Gewicht beigelegt hat".

1) Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 153.

2) BVerfG, Beschluss vom 24.2.1971 - 1 BvR 435/68 - BVerfG E 30, S. 173 ff., S. 197.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Achterberg, Norbert

Probleme der Funktionslehre, München 1970.

Arnold, Jürg

Zur Auslegung des § 1 Abs. 4 und 5 BBauG, MDR 1969, S. 527 ff.

Bachof, Otto

Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. VVDStRL 30, 1972, S. 193 ff.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

JZ 1962, S. 701 ff.

Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff.

Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum. JZ 1972, S. 641.

Ermessen und Sprachgebrauch. JZ 1956, S. 590 ff.

Badura, Peter

Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts.

In: Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, München 1972.

Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, S. 561 ff.

Entwicklungsplanung und gemeindliche Selbstverwaltung.

In: Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 911 ff.

Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts - verfassungsrechtliche Überlegungen. Sonderdruck aus Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band X, Bonn-Bad Godesberg, 1973.

Balscheit, Peter

Die Rechtsnatur des Planes. Basel und Stuttgart, 1969.

Bartlsperger, Richard

Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates.

DVB1. 1967, S. 360 ff.

Bauer, Horst

Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie. Zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG. Berlin 1973.

Bäumlin, Richard

Staat, Recht und Geschichte. Zürich 1961.

Beenken, Reinhard

Zur Überprüfbarkeit der Bauleitpläne nach dem Bundesbaugesetz.
Bonn 1967.

Bernatzik, Edmund

Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.

Bettermann, Karl August

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts; AÖR 96, 1971, S. 528 ff.

Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit;
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2,
S. 779, Berlin 1959.

Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit. Der Staat, Bd. 1, 1962,
S. 79 ff.

Betti, Emilio

Die Problematik in der Auslegung der Rechtswissenschaft. Fest-
schrift für Karl Engisch, Frankfurt 1969, S. 205 ff.

Bielenberg, Walter

Verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie und Sozialbindung im
Städtebau, dargestellt an der Sanierung (Stadt- und Dorferneue-
rung) nach dem Städtebauförderungsgesetz. DVBl. 1971, S. 441 ff.
Die rechtliche Bindung der Bauleitplanung an die Ziele der Raum-
ordnung und Landesplanung. DÖV 1969, S. 376 ff.

Blümel, Willi

Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 1975, S. 695 ff.

Zur inhaltlichen Überprüfung des Bebauungsplanes im nachfolgen-
den Enteignungsverfahren, in DÖV 1965, S. 297 ff.

Urteilsanmerkung zu BVerwG E 38, S. 152 ff. in: DVBl. 1972,
S. 122 ff.

Die Bauplanfeststellung, 1. Teil, Die Planfeststellung im preuss.
Recht und im Reichsrecht. Stuttgart 1961.

Bonner Kommentar

Kommentar zum Bonner Grundgesetz.

Loseblattsammlung, Hamburg 1950 ff. (Stand April 1975).

Breuer, Rüdiger

Die hoheitliche raumgestaltende Planung. Bonn 1968.

Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die
Rechtsordnung, AöR 101, 1976, S. 46 ff.

Brohm, Winfried

Rechtsschutz im Bauplanungsrecht. Stuttgart 1959.

Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. VVDStRL 30, 1972, S. 245 ff.

Brügelmann, Hermann und andere

Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 (Kohlhammer-Kommentar), Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1960 ff.

Bühler, Ottmar

Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.

Bullinger, Martin

Unbestimmte Gesetzesbegriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung. Festschrift für Hermann Jahrreiss zum 80. Geburtstag, Köln 1974.

Canaris, Claus-Wilhelm

Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Berlin 1964.

Chlosta, Joachim

Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung.

Unter besonderer Berücksichtigung der Mitbestimmungsproblematik. Berlin 1975.

Clasen, Heinrich

Die Planungshoheit der Gemeinden und die Interessenabwägung nach § 1 Abs. 4 Satz 2 des Bundesbaugesetzes. BlGEWR 1969, S. 206 ff.

Coing, Helmut

Grundzüge der Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Berlin 1969.

Creutzig, Jürgen

Verfassungskonforme Auslegung der §§ 6 Abs. 4 und 11 Satz 1 des Bundesbaugesetzes. DÖV 1968, S. 236 ff.

Ehmke, Horst

"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht. Tübingen 1960.

Engisch, Karl

Logische Studien zur Gesetzesanwendung. 2. Auflage, Heidelberg 1960.

Einführung in das juristische Denken. 5. Auflage, Stuttgart 1971.

Erbel, Günter

"Mutmassliche jugendgefährdende Schriften" und solche "mit einem bestimmten Mass an künstlerischem Niveau", DVBl. 1973, S. 527 ff.

Erichsen, Hans-Uwe

Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum; VA 63,
1972, S. 337 ff.

Ernst, Werner

Zur Geschichte des städtischen Bau- und Bodenrechts;
BBauBL. 1953, S. 206 ff.

Ernst, Werner; Bonczek, Willi

Zur Reform des städtischen Bodenrechts. Hannover 1971.

Ernst, Werner; Zinkahn, Willy; Bielenberg, Walter

Bundesbaugesetz, Kommentar. München und Berlin 1972.

Esser, Josef

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privat-
rechts. Tübingen 1956.

Interessenjurisprudenz heute; Juristenjahrbuch Band 1, 1960,
S. 111 ff.

Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters.
Verhandlungen der Fachgruppe für Grundlagenforschung anlässlich
der Tagung für Rechtsvergleichung in Wien. Frankfurt - Berlin 1964.
Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationali-
tätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis. 2. Auflage,
Frankfurt 1972.

Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig

Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar. 5. Auflage, München 1971.

Flume, Werner

Steuerwesen und Rechtsordnung. Smend - Festschrift. Göttingen
1952, S. 59 ff.

Fleiner, Fritz

Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Auflage,
Tübingen 1928.

Forsthoff, Ernst

Zur Lage des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes. Festgabe
für Th. Maunz, München 1971, S. 89 ff.

Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1. 10. Auflage, München 1973.
Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl
Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959, S. 35 ff.

Friauf, Karl-Heinrich

Baurecht und Raumordnung. In: Besonderes Verwaltungsrecht, her-
ausgegeben von Ingo v. Münch, 3. Auflage, Frankfurt 1972.

Friesenhahn, Ernst

Parlament und Regierung im modernen Staat. VVDStRL 16, 1958,
S. 9 ff.

Fritsch, Georg; Golz, Gerhard; Wicher, Hans

Strassengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Köln,
Berlin, Bonn, München 1966.

Gäfigen, Gérard

Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung. Untersuchungen zur
Logik und ökonomischen Bedeutung des rationalen Handelns, 2. Auf-
lage, Tübingen 1968.

Gehrmann, Werner

Die Bebauungspläne im Spiegel der Rechtsprechung, Düsseldorf 1973.

Geitmann, Roland

Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen, Berlin 1971.

Gelzer, Konrad

Bauplanungsrecht. 2. Auflage, Köln 1972.

Gönnewein, Otto

Gemeinderecht, Tübingen 1963.

Götz, Volkmar

Bauleitplanung und Eigentum, Frankfurt 1969.

Grimm, Claus

Urteilsanmerkung BB 1972, S. 783.

Haas, Diether

Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? MDR 1953, S. 651 ff.

Das Enteignungsrecht des Bundesbaugesetzes, DVBl 1961, S. 257 ff.

Habermas, Jürgen

Erkenntnis und Interesse. Frankfurt 1973.

Häberle, Peter

Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom
15.12.1970, JZ 1971, S. 145 ff.

Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Bad Homburg 1970.

Haller, Walter

Supreme Court und Politik in den USA. Bern 1972.

Hamann, Andreas; Lenz, Helmut

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai
1949. 3. Auflage, Berlin-Neuwied 1970.

Heck, Philipp

Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP Bd. 112, 1914,
S. 1 ff.

Heitzer, Sebastian; Oestreicher, Ernst

Bundesbaugesetz, 5. Auflage, Berlin 1973.

Henkel, Heinrich

Recht und Individualität. Berlin 1958.

Hesse, Konrad

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.

8. Auflage, Karlsruhe 1975.

Hoffmann-Riem, Wolfgang

Bericht über die Jahrestagung 1975 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, AöR 101, 1976, S. 89 ff.

Hoppe, Werner

Zur Struktur von Normen des Planungsrechts. DVBl. 1974, S. 641 ff.
Rechtsschutz bei der Planung von Strassen und anderen Verkehrsanlagen. München 1971.

Bauleitplanung und Eigentumsgarantie. Zum Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG. DVBl. 1964, S. 165 ff.

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 1975, S. 684 ff.

Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 1969 zum Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG) und seiner Kontrolle, BauR 1970, S. 15 ff.

Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen. In: Öffentliches Recht und Politik, Festschrift für Hans-Ulrich Scupin. Berlin 1973.

Horn, Dieter

Besprechung von Makkonen, Kaarle. Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Rechtstheorie 1, 1970, S. 229 ff.

Hruschka, Joachim

Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts. München 1972.

Huber, Ernst Rudolf

Wirtschaftsverwaltungsrecht, zweiter Band, 2. Auflage, Tübingen 1954.

Hubmann, Heinrich

Die Methode der Abwägung. Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag. Köln 1973.

Grundsätze der Interessenabwägung. AcP 155 (1956) S. 85 ff.

Huttl, Adolf

Zur Auslegung des Rechts, besonders des öffentlichen Rechts -
Bahnt sich eine Wandlung des Rechtsstils an? DVBl. 1965, S. 61 ff.

Imboden, Max

Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, Bericht in VVDStRL
Heft 18, S. 113 ff.

Jarosch, Roland

Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, DVBl. 1954, S. 521 ff.

Jarras, Hans D.

Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung.
München 1975.

Jellinek, Walter

Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung.
Tübingen 1913
Verwaltungsrecht. 3. Auflage, Neudruck. Offenburg 1948.

Jellinek, Georg

Allgemeine Staatslehre. 3. Auflage, Darmstadt 1960.

Jesch, Dietrich

Besprechung von Horst Ehmke: "Ermessen" und "unbestimmter"
Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht (1960), AÖR 86, 1961, S. 491 ff.
Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, DÖV 1956, S. 77 ff.
Öffentliches Verkehrsinteresse und Berufsfreiheit. JZ 1961, S. 624 ff.
Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer
und verfassungsrechtlicher Sicht. AÖR 82, 1957, S. 163 ff.
Gesetz und Verwaltung. Tübingen 1961.

Jöhr, Eduard

Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens. Aarau 1931.

Jørgensen, Stig

Norm und Wirklichkeit. Rechtstheorie 2, 1971, S. 1 ff.

Jürgens, Klaus-Peter

Die Beschränkungen des Grundeigentums im Rahmen der Stadtplanung
auf Grund der neuesten Gesetzgebung, Diss. Köln 1965.

Kaufmann, Arthur

Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre. JUS 1965, S. 1 ff.

Kaufmann, Arthur

Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung. Festschrift für
Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag. Berlin 1973, S. 7 ff.

Kaufmann, Erich

Artikel "Verwaltung, Verwaltungsrecht", in: Stengel-Fleischmann,
Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 3. Band,
Tübingen 1914, S. 688 ff.

Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. VVDStRL 9, 1952,
S. 1 ff.

Kellner, Hugo

Zum Beurteilungsspielraum - zugleich ein Beitrag zu den Verhand-
lungen der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Deutschen
Juristentages 1962 über Zusagen in der öffentlichen Verwaltung,
DÖV 1962, S. 572 ff.

Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis,
DÖV 1963, S. 418 ff.

Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgericht-
lichen Prozesspraxis, NJW 1966, S. 857 ff.

Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 1969, S. 309 ff.

Besprechung von Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der
Verwaltungsbehörden, NJW 1968, S. 1921 f.

Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum, DÖV
1972, S. 801 ff.

Kilian, Wolfgang

Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung.
Methodenorientierte Vorstudie. Frankfurt 1974.

Klein, Friedrich

Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 GG des Bonner
Grundgesetzes. VVDStRL 8, 1950, S. 67 ff.

Klein, Rüdiger

Ermessen und Sprchgebrauch. JZ 1956, S. 588 ff.

Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereiches und
des Bereiches rechtlicher Mehrdeutigkeit, AÖR 82, 1957, S. 75 ff.

Klöpfer, Michael

Urteilsanmerkung, NJW 1972, S. 1411 ff.

Köhler, Barbara M.

Verfahren der Bewertung; in: Arbeitsberichte zur Planungsmethodik.
Bewertungsprobleme in der Bauplanung. Stuttgart 1969.

Kopp, Ferdinand O.

Die Grenzen der richterlichen Nachprüfung wertender Entscheidung der Verwaltung. DÖV 1966, S. 317 ff.

Kraft, Alfons

Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht. München, Berlin 1963.

Kriele, Martin

Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin 1967.

Laband, Paul

Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II, 5. Auflage, Tübingen 1911.

Larenz, Karl

Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1975.

Methodische Aspekte der "Güterabwägung".

Festschrift für Ernst Klingmüller, Karlsruhe 1974.

Laun, Rudolf v.

Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig, Wien 1910.

Lehmbruch, Gerhard

Einführung in die Politikwissenschaft. 4. Auflage, Stuttgart 1971.

Leibholz, Gerhard

Diskussionsbeitrag: VVDStRL 20, 1963, S. 118/119.

Leisner, Walter

Die quantitative Gewaltenteilung. DÖV 1969, S. 405 ff.

Lerche, Peter

Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. AÖR 90, 1965, S. 341 ff.

Zum Anspruch auf rechtliches Gehör. ZZP 78, 1965, S. 1 ff.

Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit. Köln 1961.

Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung. DÖV 1961, S. 486 ff.

Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt. Ein Rechtsgutachten. Berlin 1963.

Artikel "Ermessen", in: Staatslexikon Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 3. Band, 6. Auflage, Freiburg 1959.

Less, Erwin

Begriffsherrschaft und Verwaltungstätigkeit. DÖV 1957, S. 418 ff.

Lohmann, Hans-Henning

Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip. Berlin 1972.

Loppuch

Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung und Ermessenshandlung. DVBl. 1955, S. 377 ff., S. 416 ff.

Lorenz, Dieter

Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie.
München 1973.

Lücke, Michael

Kollektive Planungs- und Entscheidungsprozesse. Dargestellt an der Steuerung kommunaler Entwicklung. Tübingen 1975.

Luhmann, Niklas

Zweckbegriff und Systemrationalität. Tübingen 1968.

Zweck - Herrschaft - System. Grundbegriffe und Prämissen Max Webers. Der Staat Bd. 3, 1964, S. 129 ff.

Funktionale Methode und juristische Entscheidung. AÖR 94, 1969, S. 1 ff.

Legitimation durch Verfahren, Neuwied, Berlin 1969.

Recht und Automation in der Verwaltung. Berlin 1966.

Makkonen, Kaarle

Zur Problematik der juristischen Entscheidung, eine strukturanalytische Studie. Turku 1965.

Mang, Johann

Bebauungsplan und Normenkontrolle, in: BayVB1. 1961, S. 273 f.

Mangoldt, Hermann v.; Klein, Friedrich

Das Bonner Grundgesetz. Kommentar. 2. Auflage, Berlin - Frankfurt/M. 1957 ff.

Martens, Wolfgang

Öffentlich als Rechtsbegriff. Bad Homburg 1969.

Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman

Grundgesetz. Kommentar. Loseblattsammlung, München. Nach dem Stand der 13. Lieferung, 1973.

Maurer, Hartmut

Rechtsschutz gegen Rechtsnormen. Tübinger Festschrift für Eduard Kern. Tübingen 1968, S. 275 ff.

Mayer, Franz

Bodenrechtsreform aus öffentlich-rechtlicher Sicht. DB 1974,
S. 1209 ff.

Mayer, F.F.

Grundsätze des Verwaltungsrechts. Tübingen 1862.

Meder, Götz

Das Prinzip der Rechtsmäßigsigkeitsvermutung dargestellt für die
Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen. Berlin 1970.

Menger, Christian-Friedrich

System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Tübingen 1954.
Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtbarkeit, in:
Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2,
Berlin 1959, S. 717 ff.

Merten, Detlef

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, DVBl. 1975,
S. 677 ff.

Meyer, Klaus

Staat, Gemeinde und Bürger im neuen Baurecht; in: Staatsbürger
und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtbarkeit
in Geschichte und Gegenwart. Jubiläumsschrift zum hundertjährigen
Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtbarkeit und zum zehn-
jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Band II, Karls-
ruhe 1963, S. 299 ff.

Zur Problematik der unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung
der Verwaltungsgerichte, DÖV 1954, S. 368 ff.

Zur gerichtlichen Überprüfung der Bauleitpläne, DVBl 1968,
S. 492 ff.

Meyer, Klaus; Stich, Rudolf; Tittel, Hans-Joachim

Bundesbaurecht, Kommentar. 1966.

Müller, Friedrich

Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirk-
lichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen
der Verfassungsinterpretation. Berlin 1966

Müller, Joachim

Urteilsanmerkung, NJW 1972, S. 1587 f.

Mutius, Albert v.

Garantiert Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz gegen Bebauungspläne,
VA 63, 1972, S. 207 ff.

Mutius, Albert v.

Rechtsnorm und Verwaltungsakt. Zu Möglichkeiten und Grenzen rechtsdogmatischer Differenzierungen im Bereich des Verwaltungshandelns.
In: Fortschritte des Verwaltungsrechts; Festschrift für H.J. Wolff zum 75. Geburtstag. München 1973.

Naschold, Frieder

Systemsteuerung. 2. Auflage, Stuttgart 1971.

Nibler, Franz

Das "Öffentliche Verkehrsinteresse" und die Verwaltungsrechtsprechung. BayVB1. 1955, S. 33 ff.

Obermayer, Klaus

Rechtsverordnung im formellen Sinn? DÖV 1955, S. 364 ff.

Das Verhaltenserlassen der Verwaltungsbehörden. NJW 1963, S. 1177 ff.

Ossenbühl, Fritz

Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung. DVB1. 1974, S. 309 ff.

Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968.

Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 618 ff.

Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DÖV 1972, S. 401 ff.

Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung?, Gutachten für den 50. DJT., Bd. 1 (Gutachten) 1974, Teil B, S. 25 ff.

Ott, Sieghart

Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum literarischen Jugendschutz in verfassungsrechtlicher Sicht.

NJW 1972, S. 219 ff.

Papier, Hans-Jürgen

Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung. DVB1. 1975, S. 461 ff.

Pestalozza, Christian von

Formenmissbrauch des Staates. München 1973.

Pietzonka

Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. NJW 1954, S. 1865 ff.

Podlech, Adalbert

Wertungen und Werte im Recht. AÖR 95, 1970, S. 185 ff.

Besprechung von Geitmann, Roland, Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen. Rechtsatheorie 3, 1972, S. 117 ff.

Ramm, Thilo

Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat, JZ 1972, S. 137 ff.

Redeker, Konrad

Fragen der Kontrollidichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung. DÖV 1971, S. 757 ff.

Urteilsanmerkung. DVBl. 1972, S. 608 f.

Redeker, Konrad; Oertzen, Hans Joachim von

Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 4. Auflage, Stuttgart 1971.

Reinhardt, Rudolf und Scheuner, Ulrich

Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen. Tübingen 1954.

Reuss, Hermann

Das Ermessen. Versuch einer Begriffserklärung, DVBl. 1953, S. 585 ff.

Der unbestimmte Rechtsbegriff. Seine Bedeutung und seine Problematik, DVBl. 1953, S. 649 ff.

Roellecke, Gerd

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34, 1976, S. 7 ff.

Rupp, Hans Heinrich

Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965.

Salzwedel, Jürgen

Staatsaufsicht in der Verwaltung. VVDStRL 22, 1965, S. 206 ff.

Sellmann, Martin

Rechtsschutz im Bauplanungsrecht - rechtspolitisch gesehen.

DÖV 1967, S. 219 ff.

Sendler, Horst

Zum Wandel der Auffassung von Eigentum. DÖV 1974, S. 73 ff.

Siedler, Frank; Zeitler, Herbert

Bayerisches Strassen- und Wegegesetz. München 1960.

Simon, Herbert A.

Das Verwaltungshandeln. Stuttgart 1955.

Soell, Hermann

Das Ermessen der Eingriffsverwaltung. Heidelberg 1973.

Scheuerle, Wilhelm A.

Rechtsanwendung, Nürnberg 1952

Scheuner, Ulrich

Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in:
Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjäh-
rigen Juristentag. Band II, Karlsruhe 1960, S. 229 ff.

Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Ge-
richte. Verw. Arch. 33, 1928, S. 68 ff.

Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. VVDStRL 11,
1954, S. 1 ff.

Schlez, Georg

Die Rechtsprechung des Württemberg-Badischen VGH und des VGH
Baden-Württemberg zum Bebauungsplanrecht, BaWUVBl. 63, S. 81 ff.

Die Fehlerquellen beim Bebauungsplan und das Abwägungsgebot des
§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG. BauR 1974, S. 289 ff.

Schmidt, Walter

Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen. AÖR 96, 1971,
S. 321 ff.

Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Ver-
waltungsvorschriften und zur "Selbstbindung der Verwaltung".

Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969.

Schmidt-Assmann, Eberhard

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL
34, 1976, S. 221 ff.

Schmidt-Eichstaedt, Gerd

Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln
der Verwaltung. AÖR 98, 1973, S. 173 ff.

Schmidt-Salzer, Joachim

Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin 1968.
Urteilsanmerkung; DVBl. 1972, S. 391 f.

Die normstrukturelle und dogmatische Bedeutung der Ermessensermäch-
tigung, VA 60, 1969, S. 261 ff.

Schmitt, Carl

Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis.
2. Auflage, 1969.

Scholz, Rupert

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit;
VVDStRL 34, 1976, S. 145 ff.

Schuegraf, Elmar

Grenzen der Staatsaufsicht über die Rechtsetzung der Gemeinden,
in: BayVBl. 1964, S. 103 ff.

Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau,
Bd. 7 und 9.

Schrödter, Hans

Bundesbaugesetz, 3. Auflage, München 1973

Schütz, Walter; Froberg, Günther

Kommentar zum Bundesbaugesetz, 3. Auflage. Neuwied und Berlin 1970.

Schunck, Egon; De Clerck, Hans

Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 2. Auflage, Siegburg 1967.

Schwarze, Jürgen

Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und
verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, Berlin 1974.

Schweiger, Karl

Der "gebildete Durchschnittsmensch" und der unbestimmte Rechtsbe-
griff. DVBl 1968, S. 481 ff.

Schwerdtner, Peter

Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus.

Rechtstheorie 2, 1971, S. 67 ff., S. 224 ff.

Stahl, Friedrich Julius

Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht. Bd. II/2:
Rechts- und Staatslehre, Heidelberg; 5. Auflage 1878 Nachdruck
1963, Darmstadt.

Starck, Christian

Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Baden-Baden 1970.

Steiger, Heinhard

Zur Entscheidung kollidierender öffentlicher Interessen bei der
politischen Planung als rechtlichem Problem. In: Fortschritte des
Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburts-
tag. München 1973, S. 385 ff.

Steindorff, Ernst

Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für
Kohle und Stahl. Frankfurt 1952.

Stern, Klaus

Zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. Ein Plädoyer für
ihre Ausweitung. Festschrift für Hans Schäfer. Köln 1975, S. 59 ff.
Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, Berlin, München 1964.

Storbeck, Dietrich

Zielkonflikt - Systeme als Ansatz zur rationalen Gesellschaftspolitik. In: Zur Theorie der allgemeinen und regionalen Planung. Bielefeld 1969.

Stüer, Bernhard

Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung. DVBl. 1974, S. 314 ff.

Tezner, Friedrich

Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. 1888.

Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden; Wiener Staatswissenschaftliche Studien N.F. Bd. 6, Leipzig und Wien 1924.

Ule, Carl Hermann

Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1965. S. 309 ff.
Besprechung von "Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Band 39." DVBl. 1973, S. 90.

Ulich, Jörg

Bericht über den Arbeitskreis II; in: Dokumentation zum Deutschen Verwaltungsrichtertag. München 1974.

Umbach, Dieter

Urteilsanmerkung zu BVerfG E 31, S. 364 ff.; in: DVBl. 1971, S. 741 ff.

Unruh, Georg Christoph von

Gemeinderecht. In: Besonderes Verwaltungsrecht, herausgeg. von Ingo v. Münch, 3. Auflage, Frankfurt 1972.

Van Alstyne, Arvo

Judicial Protection of the Individual against the Executive in the United States of America; in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 52, Köln 1970, S. 1123 ff.

Viehweg, Theodor

Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. 5. Auflage, München 1974.

Wagenitz, Thomas

Urteilsanmerkung. DVBl. 1972, S. 392 f.

Waltner, Georg

Die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen. Diss. jur., München 1968.

Weinheimer Gutachten

Gutachten über die Erfordernisse der Bau- und Bodengesetzgebung,
Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Bd. 1,
Köln 1952.

Weinisch, Karl

Bundesbaugesetz. Kommentar. München 1966.

Wilke, Dieter

Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen. AÖR 98, 1973,
S. 196 ff.

Wolf, Ernst

Die Nachprüfbarkeit des wichtigen Grundes durch das Bundesarbeits-
gericht. NJW 1961, S. 8 ff.

Wolff, Hans. J.; Bachof, Otto

Verwaltungsrecht. Band 1, 9. Auflage, München 1974.

Zeidler, Karl

Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung der
Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat, Bd. 1, 1962,
S. 321 ff.

Zinkahn, Willy

Die Schranken der gemeindlichen Planungshoheit. BlGBWR 1963,
S. 6 ff.

Zippelius, Reinhold

Normenkontrolle und "Konkretisierungsprimat", NJW 1975, S. 914 f.
Über die Wahrheit von Werturteilen. Festgabe für Theodor Maunz
zum 70. Geburtstag. München 1971.

Zuck, Rüdiger

Normenkontrolle und Bebauungsplan, die Rechtsprechung des VGH
Baden-Württemberg zu § 1 IV, V BBauG, DVBl. 1974, S. 213 ff.

Zuleeg, Manfred

Die Ermessensfreiheit des Verordnungsgebers. DVBl. 1970, S. 157 ff.

Lebenslauf

Am 15. Februar 1945 wurde ich als Sohn des Postbeamten Xaver Wiedmann und seiner Ehefrau Philippine, geborene Klotzbücher in Schwäbisch Gmünd geboren. Ich besuchte von 1951 bis 1955 die Grundschule und von 1955 bis 1964 das Gymnasium in Schwäbisch Gmünd. Dort legte ich am 28. Februar 1964 die Reifeprüfung ab.

Im April 1964 begann ich an der Universität Tübingen Rechtswissenschaft zu studieren. Dieses Studium setzte ich dann ab Oktober 1965 an der Universität München fort. Die Erste Juristische Staatsprüfung legte ich am 13. Februar 1969 in München ab.

Am 1. April 1969 begann ich als Gerichtsreferendar den juristischen Vorbereitungsdienst. Vor dem Prüfungsausschuss des Landesjustizprüfungsamtes in Stuttgart bestand ich am 16. Dezember 1972 die Zweite Juristische Staatsprüfung. Seitdem bin ich als Rechtsanwalt in Frankfurt am Main tätig.

Am 25. März 1977 wurde ich vom Hessischen Minister der Finanzen zum Steuerberater bestellt.

